

رَفَع

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
www.moswarat.com

# اصول الفقه

في نسيجه الجديد

وتطبيقاته في التشريعات القانونية  
وخاصة القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م

تأليف

الاستاذ المتمرس الدكتور

مصطفى ابراهيم الزلمي

والدكتور

علي احمد صالح المهدي اوي

المركز القومي للنشر

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

اصول الفقه  
فقه نسيجه الجديد

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الاولى ١٩٩٩

**المركز القومي للنشر**

الاردن - اربد - شارع الجامعة

ص.ب. (٦٢٠٥٧٠) الرمز البريدي (٢١١٦٢) تليفاكس ٧٢٥٤١١٤



# اصول الفقه في نسيجه الجليل

وتطبيقاته في التشريعات القانونية  
وخاصة القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م

## تأليف

الاستاذ المتفرس الدكتور

مصطفى ابراهيم الزلمي

والدكتور

علي احمد صالح المهداوي



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ یُوْنِسِ الْحِکْمَةُ مِنْ یَشَاءُ وَمَنْ یُّؤْتِ الْحِکْمَةَ فَفَدٌ اَوْثَرُ  
خَیْرًا کَثِیْرًا، وَمَا یَذْکُرُ اِلَّا اَوْلَیَ الْاَلْبَابِ ﴾ صِدْقَةُ اللّٰهِ الْعَظِیْمِ

سورة البقرة/ ۲۶۹

( من یرد اللہ به خیراً یفقہه فی الدین )

حدیث شریف

( الکلمةُ الحکمةُ ضالَّةُ المؤمنِ فحیثُ وجدها  
فهو احقُّ بها )

حدیث شریف



## بين يدي الكتاب

الحمد لله الذي علّم بالقلم، علّم الانسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على شمس العلوم والمعارف، رحمة الله المهداة الى العالمين، رسول الله محمد، وعلى آله وصحبه ابواب الخير، أئمة الهدى، دعاة الحق، وعلى التابعين لهم باحسان الى يوم الدين.

وبعد:-

فإنّ الحوادث من التصرفات الارادية والوقائع على مرّ الزمان وفي كل مكان غير متناهية، وهي المحالّ التي تتعلق بها الاحكام الشرعية، والحاكم هو الله سبحانه، وشرّع سبحانه الاحكام رحمة بعباده ليخرجهم من ظلمات الجهل الى نور المعرفة، فكان مدار احكام الشريعة على تحقيق مصالح العباد في الدارين.

وشمول الحوادث غير المتناهية باحكام شرعية منصوص عليها بنصوص متناهية مستحيل في القوانين الوضعية، وهو وان كان مقدوراً لله سبحانه، الا انه تكليف بغير المستطاع للعباد، ولا يكلف الله نفساً الا وسعها).

فجاءت الشريعة بامهات الاحكام وكلياتها وقواعد الاستنباط، وبعض الاحكام الجزئية التي لا تتأثر محالها بتغير الأزمان، وبالاعراف والتقاليد، وتركت مهمة الكشف عمّا سوى ذلك من الاحكام الى العقل البشري ليغطّي كل تطور وتغير في اي ميدان من ميادين الحياة ومجالاتها باحكام الشريعة الاسلامية السمحاء. ليحقق الانسان بذلك خلافته الالهية من ناحيتين:

**احدهما:** من حيث اعمارهم الارض باستثماره خيراتها في كل مجال يمكن له فيه ذلك، قال تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً) وقال تعالى (واستعمركم فيها) اي في الارض.

**وثانيهما:** من حيث كون ذلك الاعمار طاعة لله، بمعنى كون الانسان معبراً في ذلك كله عن ارادة المستخلف، الله سبحانه. ويلزم من هذه الطاعة الايمان بالله ورسله وكتبه، ووقوف المستخلف امام مستخلفه مسؤولاً عن ذلك بعد انتهاء زمن



خلافته، و (كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته)، وثوابه مقدر بمدى محافظته على هذه الخلافة.

وفي ضوء ما تقدم، امكن القول: انه يلزم لتحقيق الانسان خلافته باعمار الارض، وتغطيته المستجدات بالاحكام العلم بقواعد اصول الفقه الاسلامي، لانها وسيلة استنباط الاحكام الشرعية، وتوسيع النصوص لتحقيق مقاصد الشرعية، مصالح العباد.

فقواعد اصول الفقه وسائل، ومصالح العباد مقاصد، فجعل الوسائل مقاصد امرٌ مرفوض شرعاً وعقلاً، لأن فيه قلباً للموازن، وانزالاً للاشياء في غير منازلها التي جعلها الشارع الحكيم عليها.

وقد مضى على الامة زمن طويل وقواعد اصول الفقه الاسلامي يدرسها كثير من طلاب العلوم الشرعية لذاتها ليحصل لهم العلم بها ثم يقفون عند هذا الحد دون استعمالها في تطوير الحضارة الانسانية الاسلامية، وكان من اثر ذلك ان غزت الامة الاسلامية قوانين وضعية شرعت لامم غير اسلامية، وهي وان واكبت التطور الذي قصدناه في الناحية الاولى المار ذكرها، الا انها تفتقد للناحية الثانية وهي الاهم، لأن بها تتحقق خلافة الانسان عند ربه، بينما يتحقق العمل بالناحية الاولى خلافة الانسان عن نفسه بان يفعل ما يريد هو دون النظر الى كونه مراداً لله او غير مراد.

### أهمية هذا الكتاب:

وهذا الكتاب محاولة جادة للفادة المثمرة وتجاوز العقبات، ودعوة صادقة لأحياء العمل بالفقه الاسلامي، وتجديده بان يكون وسيلتنا نحو الرقي الحضاري الذي لن ينال الا بايمان صادق، وتحرر فكري، وابداع، وعمل موافق خالص لله.

### واهم ما يتميز به هذا المؤلف الآتي:

١- استيعابه لاراء الاصوليين ومذاهبهم، وكثرة استشهاده بنصوصهم في الهوامش ليجمع الكتاب بين الحدائث والاصالة، ويوفر على المطالع والباحث والمختص الوقت والجهد باغنائه عن الرجوع الى كتب الاصول المعروفة بكثرتها، وصعوبة لغتها، وندرة الحصول على بعضها.

٢- دراسته لآراء الاصوليين ومذاهبهم دراسة نقدية تحليلية توفيقية، بمعنى عدم الاكتفاء بنقل نصوص الاصوليين كماهي، بل دراستها وتحليلها، وابدال الغامض منها بالواضح، وجمع المنفرد من الآراء في اكثر من موطن في موطن واحد، مع بيان مبادئ تلك الاقوال ومقاصدها ... ثم ان عرض خلاف فيها، وهو كثير، برزت محاولة المؤلف الجادة لرفع هذا الخلاف ان كان شكلياً (لفظي، غير جوهرى) مع بيان وجه ذلك، واذا كان الخلاف غير مجدٍ من الناحية العملية، بل هو من باب الفضول العلمي الذي ظهر في كثير من المتأخرين والمعاصرين، تجاوز عنه لعدم اهمية البحث فيه، مع بيان وجه ذلك. واذا كان الخلاف جوهرياً، كان الترجيح لأحد الوجوه مع ذكر دليل الترجيح... وهكذا.

٣- نهجه العلمي التطبيقي، فهو محاولة لاعادة القواعد الاصولية الى نصابها من حيث كونها وسائل استنباط وتفسير وتوسيع للنصوص . وذلك باكثر الامثلة التطبيقية الشرعية والقانونية عند عرض القواعد والاحكام محاولة للتفهيم بكيفية استعمال هذه القواعد من جانب، ودعوة لبعث همم طلبة الشريعة والقانون والمختصين بتشريع الاحكام وتطبيقها وتنفيذها نحو احياء العمل بروح التشريع الاسلامي، من بحثٍ حرٍّ، واستنباطٍ سليم، وعملٍ جادٍ مخلص في سبيل تحقيق مقاصد الشريعة الاسلامية.

٤- اجرائه الموازنات (المقارنة) بين الآراء الفقهية والآراء القانونية فيما تجوز فيه المقارنة، وهو ما كان في تنظيم علاقة الانسان بغيره، او بعبارة اخرى، في الاحكام التي شرعت لتحقيق مصلحة حفظ الشخص، وحفظ النوع، وحفظ المدنية.

وهذه الموازنات ليست بين الشريعة الاسلامية والقانون، حيث لاوجه للمقارنة بينهما، لكنها موازنات في عمل الرجال، رجال الفقه الاسلامي في اجتهاداتهم للكشف عن الاحكام الشرعية لتحقيق مقاصد الشريعة، ورجال القانون في اجتهاداتهم لتنظيم الواقع وتحقيق مقاصد القانون.

**وهذه الموازنات تفيدنا اموراً اهمها:**

أ- ابراز مكانة الفقه الاسلامي ورفعته على الفقه القانوني، لرقية عليه بكمال الحاكم وغناه عن العالمين، وبمعصمة دستور الامة، الكتاب الكريم والسنة

المطهرة، وبتعيين مقاصد الشريعة ووضوح مراتبها وصلتها ببعضها. فضلاً عما يتميز به رجال الفقه الاسلامي من صفاء وصدق مع الله يجعلهم يتبارون فيما بينهم للفوز برضا الله وقربه بواسطة فهم شرعه والعمل على تحقيق مقاصده.

ب- ردّ الفضل لاهله عن طريق اظهار ان كثيراً من النظريات القانونية المفاخر بها قد سبق للفقه الاسلامي القول بها، هذا ان لم تكن تلك النظريات اخذت عن الفقه الاسلامي دون اعلان ذلك.

ج- ادراك مدى سلطان العقل في تنظيم حياة الفرد والمجتمع.

### خلاصة عملي في هذا الكتاب:

بعد ان تفضل عليّ استاذي الكريم الاستاذ الدكتور مصطفى الزلي بقبول اضافة عملي المتواضع الى جهده الكبير الجليل في هذا الكتاب، قمت بالآتي:

- ١- تدقيق الكتاب لتجاوز الاخطاء المطبعية.
- ٢- اختصاره الى ما يقرب من مقدار ثلثي الكتاب ليتسنى لطلبة القانون اكمال دراسة الكتاب خلال فصل واحد، ثم عدلت عن رأبي وارجعت غالب المحذوف الى اصله محاولة لتعميم تدريس الكتاب لطلبة الشريعة والقانون. وليست هناك صعوبة في تدريس الكتاب كله لطلبة الشريعة لانهم يدرسون المساق في فصلين او ثلاثة.
- اما تدريسه لطلبة القانون فيمكن تخير المواضيع الاكثر اهمية لطالب القانون لتدريسها لهم، مع اعطاء الحرية للطالب لقراءة الهوامش لفائدته دون الزام، وهي كثيرة قد تشكل مجتمعة ربع حجم الكتاب.
- ٣- ابدال لفظ او عبارة غامضة باخرى واضحة.
- ٤- زيادة شرح في بعض المواطن التي تتطلب ذلك بظني.
- ٥- حذف غير الصحيح او غير الدقيق من الاراء -بظني- وابداله بالرأي السليم. ومواطن الاراء التي حذفت وابدلت بغيرها قليلة جداً.
- ٦- اضافة هوامش جديدة اوردت فيها من آراء علماء الاصول ومحققهم ما دعت الحاجة اليه.
- ٧- تقديم او تأخير في مواضع مفردات الموضوع الواحد اراه أنسب بظني، او جمع

ما تفرق بحثه في اكثر من موضع في موضع واحد. وفي كل ما تقدم حاولت  
جاهداً الابقاء على الصورة البهية لهذا الكتاب الجليل.

٨- تطبيق القواعد الاصولية على بعض القوانين الوضعية المرعية في المملكة  
وخاصة القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، وقانون الاحوال  
الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، وقد اکتفي بذكر المادة القانونية في الهامش  
لتفادي تكرار القول المثبت في متن الكتاب، وقد اورد على المادة تعليقاً تدعو  
حاجة البحث اليه... وهكذا.

وفي الختام، أسأل الله ان يتقبل منا هذا العمل، وان ينفع به، وينفعنا به، وآخر  
دعواتنا ان الحمد لله رب العالمين.

الدكتور

علي احمد صالح المهداوي

الاربعاء ٢٤ شوال ١٤١٩هـ

١٠ شباط ١٩٩٩م. اربد/ الاردن

## ﴿واذكروا نعمة الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة﴾

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

- الحمد لله الذي جعل اصول الشريعة ذريعة الى فروعها. وأعان أئمة الفقه على استنباط الاحكام من ينبوعها، والصلاة والسلام على من أرشد أمتة الى معقول الادلة ومنقولها، وعلى آله واصحابه نجوم الهداية وشموعها. ويعد- فأن البواعث الدافعة الى هذا التأليف متعددة، منها أن أصول الفقه:
- ١- علم لا يستغني عنه رجال الفقه والقانون والقضاء ممن يرمون تحاشي السطحية في فهم وتفسير النصوص وتكييف الوقائع واستنباط الاحكام.
  - ٢- يتميز بأنه يعصم الذهن عن الخطأ في الاستنباط، وبهذه الميزة جاوز حدود العالم الاسلامي ليدخل كليات جامعات الدول المتحضرة<sup>(١)</sup> كمادة قانونية منهجية.
  - ٣- لم تبرز مكانته في المؤلفات الاصولية الحديثة التي تولت ايضاح ما هو واضح من قواعده، واكتفت بمجرد نقل ما هو غامض من اصوله<sup>(٢)</sup>.
  - ٤- استحدثه الفقهاء الاصوليون في العالم الاسلامي وفي مقدمتهم الامام جعفر الصادق وابو حنيفة وصاحباہ والشافعي (رحمهم الله)، ثم تطور بعد نشأته بالتقدم تارة وبالتأخر اخرى، وادت طبيعته الصعبة الى ان حدث في تفسير بعض مصطلحاته خلط، وفي بعض مسائله اخطاء شائعة دافع عنها السطحيون كأنها حقائق<sup>(٣)</sup>.

(١) كجامعة هافارد في امريكا.

(٢) وقد قيل قديماً وحديثاً: ينبغي ان لا يخلو تصنيف من احد المعاني الشمانية، التي تصنف لها العلماء: اختراع معدوم، او جمع مفترق، او تكميل ناقص، او تفصيل مجمل، أو تهذيب مطول، أو ترتيب مخط، أو تعيين مبهم، أو تبين خطأ.

(٣) كالخلط بين كون حديث الاحاد مؤكداً لنسخ آية لآية أخرى وبين كون الحديث ذاته ناسخاً للآية.



المصنفون للمؤلفات الاصولية القديمة كانوا فقهاء واصوليين وكان لهم قصب السبق في ميدان الاصول والفروع، ولهم الصدارة في الطلوع على آفاق علوم المنطق والفلسفة واللغة والبلاغة... وغيرها من العلوم المساعدة لهذا العلم، فجاءت مؤلفاتهم كالالغاز في نظر أهل الثقافة الحديثة.

واقول تنفيذاً لامر الله (واما بنعمة ربك فحدث): انني لا ادعي لنفسي القدرة الكافية على حلول تلك الالغاز ولكن بفضل دراستي لبعض منها كجمع الجوامع ومختصر المنتهى الاصولي وغيرها عند الاختصاصيين في علم الاصول من علماء الاكراد في بداية الاربعينات اضافة الى دراسة المنطق والبلاغة والفلسفة واللغة، ونتيجة لممارسة تدريس هذه المادة في المدارس الدينية والكليات القانونية منذ سنة ١٩٤٦ (اي زهاء ٥٣ سنة) اكتسبت مكنة نسبية متواضعة تكفي لاجراخ هذا المؤلف بنسيج جديد يتميز بالوضوح والامثلة الحديثة، راجياً المولى القدير ان يقبله مني شكراً على ما انعمه علي من نعمة تعلم وتعليم هذا العلم الجليل.

الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي.

## التعريف بأصول الفقه

عرف علماء الأصول أصول الفقه بتعاريف متعددة تدور كلها حول محور واحد وهو أن (أصول الفقه عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى إستنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية)<sup>(١)</sup> ويلاحظ على بعض من هذه التعاريف<sup>(٢)</sup> إنها خلطت بين القواعد الكلية الموجودة في الواقع التي هي أصول الفقه، وبين الصورة الذهنية لدى المجتهد التي هي العلم بها<sup>(٣)</sup> فعرفت أصول الفقه بالعلم بالقواعد مع أن نفس القواعد

(١) قال صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) العالم الأصولي الحنفي (التوضيح على التنقيح مع التلويح ١/٥٧) أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه، وقال القرافي (احمد بن ادريس) العالم الأصولي المالكي (شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ص ٥) (هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه على وجه التحقيق)، ثم قال في كشف الظنون (هو علم يتعرف منه على إستنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها الاجمالية، وموضوعه الأدلة الشرعية الكلية من حيث أنها كيف يستنبط منها الأحكام الشرعية، ومبادئه مأخوذة من العربية وبعض العلوم الشرعية كأصول الكلام والتفسير والحديث وبعض العلوم العقلية، وقادته إستنباط الأحكام على وجه الصحة). ثم يستخلص القرافي مما ذكره، تعريف أصول الفقه مرة أخرى بأنه (مجموعة القواعد التي يتوصل بها إلى إستنباط الأحكام الفقهية)، وهذا التعريف ادق من السابق. وقال ابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) العالم الأصولي الشافعي في كتابه جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي مع حاشية البناني ٣١/٨: أصول الفقه دلائل الفقه الاجمالية - أي القواعد الكلية - وقال الشيخ حسن بن زين الدين العاملي العالم الأصولي الشيعي (شرح معالم الدين في الأصول)، ص ٢: (أصول الفقه هو العلم بالقواعد الممهدة لإستنباط الأحكام الشرعية الفرعية). وقال الفتوح (شهاب الدين ابو العباس أحمد بن عبد العزيز) العالم الأصولي الحنبلي، في شرح الكوكب المنير المسمى (مختصر التحرير) ص ١٢. (أصول الفقه القواعد التي يتوصل بها إلى إستنباط الأحكام الشرعية الفرعية). وقال الشوكاني (محمد بن علي) العالم الأصولي الزيدي (أرشاد الفحول)، ص ٢ (أصول الفقه أدراك القواعد التي يتوصل بها إلى إستنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية).

(٢) كما جاء ذلك في تعريف صدر الشريعة والقرافي، والعاملي، والشوكاني الهامش السابق.

(٣) في برهان الكلبوي، علم المنطق، ص ١١ (العلم هو الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل).

هي اصول الفقه، اما العلم بها فهو ضروري لإستخدامها حين الاجتهاد<sup>(١)</sup> وإضافة الى ذلك فان البعض اطلق أصول الفقه و اراد بالأصول مصادر الفقه<sup>(٢)</sup>.

## التعريف المختار

هو ان أصول الفقه عبارة عن (قانون الاجتهاد وقواعد الإستنباط التي يستعين بها المجتهد -أو القاضي- على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية -الجزئية-).

## تحليل التعريف

اصول: جمع اصل لغةً ما يبنى عليه غيره سواء كان البناء حسياً كالجدار للسقف أم كان معنوياً كبناء الحكم على دليله<sup>(٣)</sup>. وإصطلاحاً: هو الدليل او القاعدة.

الفقه لغةً: فهم غرض المتكلم من كلامه<sup>(٤)</sup> أو الفهم مطلقاً.

إصطلاحاً: الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية -الجزئية-، ومن قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط قاعدة (كل أمر للوجوب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، وكل نهي للتحريم ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك). ويطلق علماء الأصول عادة على مثل هذه القواعد الكلية مصطلح (أدلة إجمالية) كما يطلقون على الأدلة الجزئية الخاصة مصطلح (أدلة تفصيلية).

(١) وقد حصل نفس الخلط في تعريف الفقه، فعرفه كثير من المؤلفين قديماً وحديثاً بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية)، وهذا ناشيء عن الخلط بين المعنى اللغوي للفقه وهو الفهم وبين المعنى الإصطلاحي وهو الأحكام ذاتها لا العلم بها لأن العلم صفة قائمة بالفقيه ويجن يعلم الفقه. وقد يمكن تجاوز هذا الخلط اذا حمل معنى العلم بالأحكام... على العلم المدون، وكان هذا المعنى مقصوداً لهم.

(٢) قال الشافعي (أبو عبدالله محمد بن ادريس) في اصوله، ص٢ (اصول الفقه اربعة، كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وإجماع الأمة والقياس). وقال ابو البركات (عبدالله بن أحمد) في كتابه المنار بشرح ابن ملك، ص٢٥ (وأصول الشرع ثلاثة، الكتاب والسنة وإجماع الأمة، والأصل الرابع القياس)، وقال الشاشي في أصوله، ص٢ (أصول الفقه أربعة، كتاب الله، سنة رسوله، وإجماع الأمة والقياس).

(٣) في التوضيح على التنقيح مع التلويح ٥٨/١ (الأصل ما يبتنى عليه غيره، فالإبتناء شامل للإبتناء الحسي وهو ظاهر، والابتناء العقلي وهو ترتب الحكم على دليله).

(٤) التعريفات للرجزاني (الشريف علي بن محمد)، ص١٦٨.

## الأحكام الشرعية العملية<sup>(١)</sup>

هي الأحكام التي تنظم أعمال وتصرفات الإنسان وتبين صفاتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة، وصفاتها الوضعية من كونها سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحةً أو باطلةً.

### الأدلة الجزئية

الدليل الجزئي (أو التفصيلي) هو الذي يدل على حكم خاص لواقعة معينة أو فعل معين كقوله تعالى (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ)<sup>(٢)</sup> فإنه دليل جزئي معين من القرآن الكريم يستنبط منه المجتهد (أو القاضي) حكم واقعة القتل وهو الحرمة. وكقوله تعالى: (يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>(٣)</sup> فإنه دليل جزئي معين يستنبط منه المجتهد (أو القاضي) حكم الوفاء بالإلتزامات المترتبة على العقد الصحيح وهو الوجوب.

### طريقة الاستعانة بقواعد الأصول

في الإستدلال على حرمة القتل بقوله تعالى (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ)، يقول القاضي (ولا تقتلوا) (نهى)، وكل نهى للتحريم،<sup>(٤)</sup> إذن (ولا تقتلوا) للتحريم. وفي الإستدلال على وجوب الوفاء بالإلتزام بقوله تعالى (أوفوا بالعقود)، يقول القاضي أوفوا (أمر)، وكل أمر للوجوب<sup>(٥)</sup>، إذن (أوفوا) للوجوب، وهكذا.

(١) أما الأحكام الشرعية الاعتقادية فهي موضوع علم الكلام (علم أصول الدين) الذي يبحث عن الإيمان بالله وما يتفرع عنه، والأحكام الخلقية موضوع علم الأخلاق الذي يبحث فيما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة

(٢) سورة الأسراء/ ٢٣

(٣) سورة المائدة/ ١

(٤) فهو من القواعد العامة.

(٥) وهو من القواعد العامة.

## نشأة وتدوين أصول الفقه

نشأ هذا العلم في تفكير المجتهد مع نشأة النصوص ولكن لم يدون في صدر الإسلام، لأن الأحكام في عهد الرسالة كانت تستقى من الوحي المباشر (القرآن الكريم) ومن السنة النبوية، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم هو المرجع لتفسير نصوص القرآن وبيان مقاصد التشريع الالهي وفق ما خول به في قوله تعالى (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)<sup>(١)</sup>.

وبعد ذلك تولى مهمة القضاء نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين الذين كانوا على إلمام تام بلغة القرآن، ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع ومقاصده، إضافة إلى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة وتوفير الملكة الفقهية التي اكتسبوها من صحبة الرسول صلى الله عليه وسلم الطويلة، ولذلك كانوا في غنى عن تدوين هذا الفن، ولكن في الواقع لم يكونوا بمعزل عن تطبيق مبادئه ورعاية قواعده في قضائهم وفقههم، وبعد أن أخذ الناس يدخلون في دين الله أفواجاً تأثرت المصطلحات العربية بغيرها فأدى ذلك إلى فتح أبواب الجدل والنقاش والخلاف فأضطر علماء اللغة إلى وضع قواعد اللغة العربية صوتاً للألسنة من الخطأ في التلفظ، وعلماء الأصول إلى تععيد قواعد أصول الفقه حفظاً للعقول من الخطأ في الاستنباط.

وكان أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> وصاحبه (أبو يوسف<sup>(٣)</sup> ومحمد<sup>(٤)</sup>) (رح) في مقدمة السالكين في هذا المسار، ولكن الامام الشافعي<sup>(٥)</sup> (رح) يعتبر المؤسس الحقيقي لعلم أصول

(١) سورة النحل ٤٤.

(٢) النعمان بن ثابت، (٨٠-١٥٠هـ) ويعتبر من اتباع التابعين.

(٣) هو يعقوب بن ابراهيم بن أبي ليلي الأنصاري نسباً الكوفي نشأة، (١١٣-١٨٣هـ).

(٤) محمد بن الحسن الشيباني، (١٢٢-١٩٨هـ).

(٥) هو أبو عبدالله محمد بن أدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي، (١٥٠-٢٠٤هـ).



الفقه، فهو أول من دون قواعده في (الرسالة)<sup>(١)</sup> التي رواها عنه صاحبه الربيع المرادي<sup>(٢)</sup>.

## مناهج الأصوليين في مؤلفاتهم

أهمها ثلاثة:

### ١- منهج المتكلمين<sup>(٣)</sup>

وهو يتميز بتحقيق قواعد أصول الفقه تحقيقاً منطقياً نظرياً مبيناً على الحجج والبراهين وتأييد العقل بعيداً عن الإستقاء من الفروع الفقهية<sup>(٤)</sup>. وبذلك كانت القواعد الأصولية حاکمة على الفروع غير خاضعة لها، لذا أتت المسائل الفقهية

(١) لكن يرى البعض: أن أول من دون فيه هو أبو حنيفة (رح)، يقول أبو الوفاء الأفغاني (مقدمة أصول السرخسي ٣/١) أما أول من صنف في علم الأصول -فيما نعلم- فهو أمام الأئمة أبو حنيفة النعمان (رح) حيث بين طرق الإستنباط في (كتاب الرأي) له، وتلاه صاحبا القاضي الأمام أبو يوسف والأمام محمد بن الحسن الشيباني ثم الأمام محمد بن أدریس الشافعي (رح) صنف رسالته.

(٢) هو الربيع بن سليمان المصري المرادي (ت ٢٠٧هـ)، يقول ابن خلدون في مقدمته ص ٤٥٤ (وأعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة في الملة وكان السلف في غنية عنه بما أن أستفاده المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيها الى ازید مما عندهم من الملكة اللسانية، فلما انقرض السلف وذهب الصدر الأول انقلبت العلوم كلها صناعة احتاج الفقهاء والمجتهدون الى تحليل هذه القوانين والقواعد لأستفادة الأحكام من الأدلة فكتبوها فناً قائماً برأسة سموه أصول الفقه، وكان أول من كتب فيه الشافعي (رح) أملى فيه رسالته المشهورة.

(٣) سمي بذلك لأن اكثر المؤلفين على هذا النمط كانوا من علماء الكلام ومن المعتزلة، وسمي أيضاً بالطريقة الشافعية لأن أول من الف على هذا المنهج هو الإمام الشافعي (رح) ولأنه على هذا النحو جرى اكثر الأصوليين من الشافعية.

(٤) وعلى سبيل المثل أستحدث الغزالي قاعدة عامة من قواعد أصول الفقه (المستصفي، ص ٢٤٣)، وهي (أن قول الصحابي ليس حجة)، أي لا يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الاسلامي. وأستدل على ذلك بالأدلة العقلية المنطقية الصرفة قائلاً: ذهب قوم الى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم الى انه حجة ان خالف القياس، وقوم الى ان الحجة في قول ابي بكر وعمر، وقوم الى ان الحجة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط او السهو ولم تثبت عصمته عنه فلا حجة في قوله فكيف يحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟، وكيف يتصور عصمة قوم يجوز عليهم الإختلاف، وكيف يختلف المعصومان؟، وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة، فلم ينكر ابو بكر على من خالفهم بالأجتهد، فأنتفاء الدليل على العصمة، ووقوع الإختلاف بينهم، وتصريحهم بجواز مخالفتهم، ثلاثة أدلة قاطعة، اي على عدم حجية قول الصحابي.

قليلة فيما ألف على هذا النمط من كتب أصول الفقه.

## ٢- منهج الحنفية<sup>(١)</sup>

الأصوليون من الحنفية استخلصوا من المسائل الفقهية المتنوعة الماثورة عن الأئمة المجتهدين قواعد وضوابط أصولية تخضع لهذه الفروع<sup>(٢)</sup>، ويرجع تحليل المسائل الفقهية في مذهب أبي حنيفة وتحليلها تحليلاً علمياً إلى هذه الطريقة.

## ٣- منهج المتأخرين

يعتبر هذا المنهج الثالث توفيقاً بين الأولين وذلك باستخدام العقل والمنطق في تحليل قواعد أصول الفقه من جهة، وتطبيقها على المسائل الفقهية من جهة

(١) سمي بذلك لأن الأصوليين من الحنفية اختاروه. وعلى سبيل المثل الاستحسان الذي عبارة عن العدول عن القاعدة العامة رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف أصل من أصول الفقه ومصدر من مصادر الأحكام الفقهية وقد استخرجه الأصوليون من الحنفية من التطبيقات الفقهية المذهبية منها: (إذا عرف الشاهد الملك معاينة والمالك سماعاً حل له ان يشهد له أستحساناً، والقياس لا يجوز)، فتح القدير ٣٩٥/٧. ومنها (لا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، فأنه يسعه ان يشهد بهذه الأشياء اذا أخبره بها من يثق به، وهذا أستحسان، والقياس لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل. وجه الاستحسان: أن هذه الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام. (بداية المتبدي وشرحه الهداية مع فتح القدير ٣٨٩/٧)، والحاصل ان منهج الحنفية هو استخراج قواعد الأصول من الفروع، أي استخلاص القواعد التي أستخدمها الأئمة في إستنباط الأحكام من ثنایا الفروع المنقولة عنهم، فمثلاً حينما وجد الفقهاء الحنفية أن أبا حنيفة (رح) قد اوجب الزكاة في جميع ما تنبت الأرض مهما كان صنفه او قدره أخذاً بعموم قوله تعالى: (وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ)، سورة الأنعام ١٤١، ولم يعمل بحديث (ليس فيما دون خمسة أسواق صدقة)، أستنتجوا عن هذا التطبيق الفقهي الفرعي وما يمثله: أن عام الكتاب لا يخصص بحديث أحادي لأن دلالة عام القرآن على مدلوله قطعية، ولأن القرآن قطعي الثبوت والحديث الأحادي ظني الثبوت، والدليل القطعي ثبوتاً او دلالة لا يجوز أن يخصص بدليل ظني.

(٢) ومن أهم المؤلفات على هذه الطريقة:

أ- كتاب الأصول لأبي أحمد بن علي المعروف بالخصاص، (ت ٣٧٠هـ).

ب- تقويم الأدلة لأبي زيد عبيد الله الدبوسي، (ت ٤٣٠هـ).

ج- الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البيزوي (ت ٤٨٣هـ)، مع شرحه (كشف الأسرار) لعبد

العزيز البخاري (ت ٧٣٠هـ).

د- وكتاب المنار للحافظ النسفي (ت ٧٩٠هـ).

أخرى<sup>(١)</sup>.

وقد قدمت هذه الطريقة الجديدة لأصول الفقه فوائد مهمة حين جعلت من الفروع الفقهية مادة لتطبيق قواعده عليها فزادت التطبيقات الفقهية التي تنطبق عليها الضوابط الأصولية<sup>(٢)</sup>.

## أهمية علم أصول الفقه وصلته بالقانون

لأصول الفقه أهمية كبيرة في المجالين الفقهي والقانوني:

- أ- أهميته بالنسبة للفقه الإسلامي:  
تكون من أوجه متعددة منها:
  - ١- من بلغ مرتبة الاجتهاد وتوافرت له أسبابه يستعين بقواعد أصول الفقه وقوانينه في إستنباط الأحكام الشرعية العملية للقضايا والمسائل التي تعني ببيان أحكامها.

(١) ومن المؤلفات التي تجمع بين القواعد الأصولية والتطبيقات الفقهية كتاب تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين محمد بن أحمد الزنجاني الذي يعتبر بحق محاولة جادة وأ نموذجاً رائعاً لمخطط يرسم علاقة الفروع والجزئيات من أحكام الفقه بأصولها وضوابطها من القواعد والكلبيات، ورد الجزئيات الى الكلبيات، ولم يرد الزنجاني ان يكون كتابه هذا مؤلفاً في أصول الفقه أو مصنفاً في القواعد او الفروع، وإنما حاول ان يكون كتاباً يجمع بين الأصول والفروع في مسلك متميز يبتغي معرفة بناء فروع الأحكام على أصولها وذلك برد الجزئيات الى الكلبيات، وعلى سبيل المثال يقول في ص ١٧٥-١٧٦ أن تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز عند الشافعي لأن القياس دليل شرعي يجوز التخصص به قياساً على خير الواحد، لأن في هذا التخصص عملاً بالدليلين وفي عدمه عملاً بأحدهما وتعطيلاً للآخر. وذهب الحنفية الى إنكار ذلك لان التخصص بمثابة النسخ والكتاب لا ينسخ بالقياس ويتفرع عن هذا الأصل ان مباح الدم (كمن يرتكب قتلاً موجباً للقصاص) إذا التجأ الى الحرم في مكة المكرمة لا يعصمه الإلتجاء عند الشافعي قياساً على الأعتداء على ما دون النفس الموجب للقصاص بالاتفاق، أو قياساً على حالة ارتكاب الجريمة داخل الحرم وعند الحنفية يعصمه عملاً بعموم قوله تعالى (وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً)، سورة آل عمران ٩٧، لأن القياس لا يخصه.

(٢) ومن اشهر المؤلفات على هذا النمط:

- أ- بديع النظام الجامع بين كتاب البيزوي والأحكام لصاحبه مظفر الدين احمد بن علي الشهير بأبن الساعاتي الحنفي، (ت ٦٩٤هـ).
- ب- التتقيح وشرحه التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي، (ت ٧٤٧هـ).
- ج- التحرير لكامل محمد بن عبد الواحد الشهير بأبن الهمام، (ت ٨٦١هـ)، وقد شرحه تلميذه محمد ابن احمد ابن الحاج الحنفي (ت ٨٧٥هـ) في كتابه المسمى (التقرير والتحبير).

- ٢- من بلغ مرتبة أهل الترجيح يستعين بقواعد أصول الفقه في ترجيح رأي فقيه على رأي فقيه آخر للأخذ بما هو أفقه.
- ٣- من يتصدى لدراسة المقارنة بين المذاهب الإسلامية يتمكن عن طريق أصول الفقه من معرفة مناهج أئمة الفقه في الإستنباط والقواعد التي كانوا يتقيدون بها في اجتهاداتهم، ومساعدة ذلك على تحديد أوجه الوفاق والخلاف في المسائل المعنية بالمقارنة، ثم ترجيح ما هو أقوى دليلاً وأدق نظراً وأقرب تحقيقاً للمصالح التي قصد الشارع تحقيقها.
- ٤- عن طريق قواعد أصول الفقه يمكن تقريب شقة الخلاف بين المذاهب الإسلامية ووضع حد للتعصب المذهبي أو الطائفي الناشيء من التأثير بعوامل كثيرة أهمها الجهل بأسس وأصول هذه المذاهب.
- ٥- تفتتح ذهنية الملم بقواعد أصول الفقه انفتاحاً يؤهله لأجراء المقارنات والموازنات بين آراء فقهاء المسلمين من جهة وآراء فقهاء القانون من جهة أخرى للوصول الى ما هو أكثر ملائمة للأخذ به في التشريعات الوضعية.

#### ب- أهمية أصول الفقه بالنسبة للقانونيين وصلته بالقانون:

- تكون من أوجه كثيرة منها:
- ١- النصوص القانونية كالنصوص الشرعية منها عامة ومنها خاصة، منها مطلقة ومنها مقيدة، منها غامضة ومنها واضحة، فالعام يخص بالخاص عند التعارض، والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب، والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريعهما يرمي الى تحقيق غاية واحدة، وكل ذلك لا يتم إلا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.
- ٢- النصوص قد تتعارض فيما بينها ورفع التعارض من قبل القاضي أو شراح القانون يحتاج الى اتباع نهج أصول الفقه الذي يقضي بأنه يجب اللجوء أولاً الى الجمع بين النصين ان أمكن لأن أعمال النصين أولى من أهمل أحدهما. فإذا لم يتيسر ذلك يجب التفتيش عن المرجحات لتقديم الراجح على المرجوح في العمل، وأن لم يمكن ذلك بأن كان النصان متساويين في القوة الإلزامية ولم يكن هناك مرجح لأحدهما فيجب البحث عن تاريخ تشريعهما لتحديد المتأخر وأعتبره ناسخاً للأول وملغياً له.

- ٣- عند أعداد مشروع لقانون يجب أن تتميز صياغته بالدقة الفنية. بعيدة عن الحشو والتعقيد متضمنة لصيغ العموم كلما كانت شمولية الأحكام مقصودة خالية من القيود غير المعتبرة في الأحكام، واضحة في النص على القيود المعتبرة في الأحكام التي تحتم على القاضي أن يطبق حكماً مخالفاً للحكم الوارد في النص كلما تخلف القيد المعتبر فيه. وكل ذلك يتطلب أن يكون أعضاء لجنة أعداد مشروع القانون ملمين بقواعد أصول الفقه.
- ٤- دلالات النصوص على الأحكام مختلفة: منها صريحة ومنها ضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقاً وقد يكون مفهوماً، والمنطوق قد يكون صريحاً وغير صريح والمفهوم قد يكون موافقاً للمنطوق وقد يكون مخالفاً له، والتمييز بين هذه الشقوق لدلالات النصوص ومضامينها يتطلب الإلمام بقواعد أصول الفقه.
- ٥- معرفة طبيعة عناصر التصرفات القانونية وتمييزها من أحكامها، وتحديد ما يعتبر ركناً وما يعتبر شرطاً من تلك العناصر للوقوف على الآثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتختلف ذلك له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي ولكل باحث قانوني، وكل ذلك لا يمكن أستيعابه إلا عن طريق قواعد أصول الفقه.
- ٦- من الصعب على شراح القانون الوصول الى عمق النصوص للحصول على قصد المشرع لبيان هذا القصد وأيضاً الى ذهنية الطالب القانوني او تقديم تسهيلات أيضاً للقضاء بصدد تطبيق القانون، ما لم يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح قواعد أصول الفقه وكذلك من الصعب على طلبة الدراسات العليا التخلص من ظاهرة السطحية المتفشية في معالجة الأمور المتعلقة بموضوع البحث ما لم يستعينوا بقواعد وقوانين أصول الفقه، ولأهمية مادة أصول الفقه قامت بعض الدول غير الإسلامية بترجمتها وتدريسها في كليات القانون وهي حالياً تدرس في جامعة هارفارد في أمريكا وقد تمت قبل زمن ترجمة رسالة الإمام الشافعي في أصول الفقه الى اللغة الانكليزية لتدريسها في كليات القانون<sup>(١)</sup>.

(١) Islamic Jurisprudence Shaffs Risala Translated With An Introduction, Note, and Appendices. By Majid Kbaduri.



## الوضع والدلالة وأقسامها

**الوضع:** جعل الشيء دليلاً على المعنى لفظاً كان أو غير لفظ وهو صفة الواضع سواء أكان من أهل اللغة أم الشرع أم القانون أم غير ذلك.

**الدلالة:** هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به -بعد العلم بتلك الحالة- العلم بشيء آخر، فالأول دال<sup>(١)</sup> والثاني مدلول<sup>(٢)</sup>، والحالة التي بينهما أساس تلازمهما، فإن كانت هذه الحالة وضعاً فالدلالة وضعية وأن كان طبعاً فالدلالة طبيعية، وأن كانت عقلاً فالدلالة عقلية، وبهذا الاعتبار تنقسم الدلالة إلى الأقسام الستة الآتية:

### ١- الدلالة اللفظية الوضعية

وهي أن يدل لفظ على معنى وضع له لغةً أو عرفاً أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر كدلالة لفظ (القتل) على أزهاق الروح.

### ٢- الدلالة اللفظية الطبيعية

وهي أن يدل لفظ على معنى لم يوضع له ولكن تكون الدلالة بمقتضى الطبيعة، كدلالة أنين المريض أو المجروح أو المصاب بمصيبة على الآلام الذاتية والنفسية.

### ٣- الدلالة اللفظية العقلية

وهي أن يدل لفظ (أو كلام) على معنى لا بسبب الوضع ولا بالطبع وإنما عن طريق العقل، فعقل الإنسان يحكم بأن تضارب ألفاظ الشاهد وتعارض أقواله تدل على عدم صدقه وعدم أمانته في أداء شهادته أمام القضاء، إلا أن هذه الدلالة ظنية قابلة لإثبات العكس.

### ٤- الدلالة الوضعية غير اللفظية

كدلالة أشارات المرور الداخلية والدولية المنصوبة على الطرق العامة والشوارع على المعاني التي وضعت لها بموجب نظام المرور.

### ٥- الدلالة الطبيعية غير اللفظية

كدلالة التغيرات الفيزيولوجية في شخص المتهم حين أستجوابه على ثبوت التهمة الموجهة اليه وهي دلالة ظنية قابلة لإثبات العكس، كسرعة نبضاته وتغير لون وجهه عند التحقيق معه، وقد استحدث جهاز يسمى (جهاز كشف الكذب)

(١) سواء كان لفظاً أم غيره.

(٢) فهو من حيث أنه يدل عليه الدال يسمى مدلولاً، ومن حيث أنه يفهم منه يسمى مفهوماً ومن حيث انه يقصد منه يسمى معنى. ومن حيث تسميته بالدال يسمى مسمى..

يستعمل لقياس تنفس المتهم أو ضغط دمه حين التحقيق معه وأستنطاقه<sup>(١)</sup>.

## ٦- الدلالة<sup>(٢)</sup> العقلية غير اللفظية

وهي دلالة الأثر على المؤثر كدلالة هذا الكون العظيم على وجود الخالق ودلالة الدخان على النار ودلالة الحركة الإرادية على الحياة ودلالة آثار الجريمة على ثبوتها وعلى تشخيص المجرم، والدلالة المعنية بالدراسة في علم أصول الفقه هي الدلالة اللفظية الوضعية للنصوص الشرعية والقانونية وأدلة الأحكام وبقيّة الدلالات مطلوبة حين تطبيق النصوص وتكييف الوقائع واللفظ الموضوع للمعنى لغةً أو عرفاً أو قانوناً أو شرعاً أما أن يكون:

- أ- مفرداً وهو الذي لا يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة، تهمة، عقوبة، علم، شهادة. وقد يطلق على ما يقابل الجمع والمثنى والمضاف والجملة او المركب وهذا الأخير هو المراد.
- ب- وأما أن يكون مركباً وهو الذي يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة الأمانة، شهادة الزور، تهمة القتل، عقوبة السرقة، علم الاجرام.

(١) د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الإجرامي، ص ٢٢. د. حسين محمد علي، الجريمة وأساليب البحث العلمي، ص ٢٨٧. د. سعد جلال، علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

(٢) الدلالة بفتح الدال لأنها بكسر الدال حرفه الدلال.

# الدلالة المطابقية والتضمنية والإلتزامية

## أ- الدلالة المطابقية (أو دلالة المطابقة)

وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه، وسميت الدلالة مطابقية أو مطابقية لأن اللفظ مطابق للمعنى فلا يزيد أحدهما على الآخر ولا ينقص منه كلباس يلبسه الإنسان ويكون حجمه مطابقاً لحجم جسمه.

## ب- الدلالة التضمنية

وهي دلالة اللفظ على جزء من معناه -إذا كان له جزء- ضمن مجموع المعنى.

## ج- دلالة الإلتزامية (أو دلالة الإلتزام)

وهي دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له ولا ينفك عنه في الذهن أو في خارج الذهن<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة الدلالات الثلاث المذكورة: لفظ (عقد) فإنه موضوع شرعاً وقانوناً لمجموع الإيجاب والقبول إذا أتصلا وتوافرت شروطهما الشرعية والقانونية، وبذلك تكون دلالته على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة، وعلى الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية وعلى الحقوق والإلتزامات المترتبة عليه للمتعاقدين الإلتزامية.

وعلى هذا الأساس قال الحنفية (أركان العقد: الإيجاب والقبول، لأن العقد تصرف مركب مكون من هذين العنصرين، وركن الشيء ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه وهذا الاتجاه أدق وأفقه من اتجاه الفقه القانوني القائل بأن أركان العقد ثلاثة، المحل والتراضي والسبب، فالعقد اتفاق يعبر عن التراضي، والاتفاق (الإرادة الظاهرة) والتراضي (الإرادة الباطنية) صفتان قائمتان بشخص المتعاقدين، ومحل العقد خارج عن ماهية العقد وشرط لصحة الإيجاب والقبول وكذلك السبب أما بمعنى الغرض (الغرض المباشر) أو بمعنى الباعث الدافع فهو في الحالتين ليس جزءاً من الاتفاق بالمعنى المنطقي والأصولي وإنما من

(١) يقول القرافي (دلالة المطابقة هي فهم السامع من كلام المتكلم كمال المعنى ودلالة التضمن فهمه جزء المعنى، ودلالة الإلتزام فهمه لازم المعنى. أنظر شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ص ٢٤. والحاصل الدلالة بالنسبة الى كمال المعنى مطابقة والى جزئه -ان كان له جزء- تضمنية كدلالة البيت على الحائط تضمنية ودلالة السقف عليه إلتزامية لأنه مستتبع له.

شروط صحة الإيجاب والقبول.

## الكل والجزء والكلي والجزئي

مجموع مكونات الشيء كله وكل واحد من هذه المكونات جزؤه.

**الكلي:** ما أمكن صدق مفهومه على كثيرين فكل شيء في الذهن قبل رؤيته كلي.

**الجزئي:** ما لا يصدق مفهومه على أكثر من واحد، فكل شيء في الذهن بعد رؤيته

جزئي، والكل والجزء من صفات الأشياء خارج ذهن الإنسان، والكلي والجزئي

من صفات المفاهيم والصورة الذهنية.

## الجنس والنوع والصفة

**الجنس:** كلي يندرج تحته أمور مختلفة في طبائعها وماهياتها كالجريمة جنس لكافة

أنواع الجرائم، والمعدن جنس لجميع أنواع المعادن.

**النوع:** كلي يندرج تحته أمور متفقة في طبائعها وماهياتها لكنها مختلفة في صفاتها

وميزاتها، كالتمر والحنطة والأرز وغيرها، فكل واحد منها نوع لأصنافها المتفقة

في الماهية والطبيعية مختلفة في الصفات كالجودة والرداءة والطعم وغيرها.

**الصفة:** كلي يندرج تحته أفراد متفقة في ماهيتها وصفاتها وينبني على ذلك أن من

باع صنفاً معيناً فلا ينقضي إلتزامه إلا بتسليم نفس الصنف، فالصنف يحل

بعضه محل بعض في الوفاء بخلاف النوع والجنس.

وقد خلط البعض بين الجنس والنوع من جهة، وبين النوع والصنف من جهة

أخرى، من حيث حلول البعض محل البعض في الوفاء بالإلتزامات.

## النسبة بين مفاهيم المصطلحات

لو قارنا بين مفهوم مصطلح شرعي أو قانوني أو عرفي وبين مفهوم

مصطلح آخر كذلك لوجدنا ان النسبة بينهما لا تخلو من احدى الحالات الأربع،

أما متساويان أو متباينان أو أحدهما عام مطلقاً والآخر خاص مطلقاً أو كل

منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر.

### ١- المساواة

وهي كون لفظين مترادفين بحيث يطلق كل منهما على كل ما يطلق عليه

الآخر كالإنسان والبشر لغةً. والجنائية والجريمة شرعاً<sup>(١)</sup>. وكالعقد واتفاق الإرادتين على أحداث أثر يعتد به القانون قانوناً، وكالعقد الموقوف وغير النافذ، والتدليس والتغريب، والتصريف القابل للإبطال، والتصريف غير اللازم، والباطل والفاقد عند جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

## ٢- التباين

وهو كون لفظين بحيث لا يطلق كل منهما على أي مما يطلق عليه الآخر كالمجرم والبريء، والخيانة والأمانة، والكفر والأيمان، والصدق والكذب، والحي والجماد، والحلال والحرام، والصحيح والباطل، والتصديق والجحود، والرجاء والقنوط، والعدل والجور، والرضا والأكراه، والعلم والجهل.

## ٣- العموم والخصوص المطلق

وهو أن يكون أحد اللفظين بحسب المفهوم أعم مطلقاً والآخر بحسب مفهومه أخص مطلقاً، فعندئذ كلما تحقق الخاص يتحقق معه العام دون العكس الكلي، فقد يتحقق العام في مجال آخر بدون هذا الخاص، ومن امثلة ذلك: الجنائية والقتل العمد العدوان، فكل قتل عمد عدوان جنائية ولكن ليست كل جنائية قتلاً لجواز أن تكون سرقةً أو تجسساً أو غيرها. والتصريف الشرعي (القانوني) والعقد، فكل عقد تصرف لكن ليس كل تصرف عقداً، لجواز أن يكون تصرفاً أنفرادياً (إرادة منفردة).

## ٤- العموم والخصوص من وجه

وهو أن يكون كل من اللفظين بحسب المفهوم عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، يكون خاصاً عندما يجتمع مع الآخر في حالة من الحالات، ويكون عاماً إذا فارقه وأجتمعت مع آخر.

ومن امثلة ذلك المال والحق الشخصي إنهما يجتمعان في مبلغ من النقود لشخص يكون بذمة شخص آخر، فهذا المبلغ مال لأن له منفعةً مباحةً

(١) وقد فرقت بعض القوانين منها قانون العقوبات العراقي (٢٣م) بين الجنائية والجريمة فأعتبروا الجريمة أعم من الجنائية لأنها تشمل الجنحة والمخالفة، لكن في الشريعة هما مترادفان وعبارتان عن ارتكاب فعل محظور أو ترك واجب بحيث يعاقب المرتكب.

(٢) في قواعد العلائي ١/٤٤٠، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى البنجويني (الباطل والفاقد مترادفان)، وقال أبو حنيفة (رح) أنهما متباينان.

ويمكن أدخاره لوقت الحاجة، وحق شخصي لأنه بذمة الغير لا يتصرف فيه إلا بواسطة هذا الغير، وقد يفترق المال عن الحق الشخصي فيتحقق مع الحق العيني كالدار والسيارة والأرض وغيرها من الحقوق العينية، فهي أموال وحقوق عينية لمالكها، وليست بحقوق شخصية، أذن المال من هذا الوجه عام، لأنه مرة مع الحق الشخصي وأخرى مع الحق العيني، وكذلك الحق الشخصي قد ينفرد عن المال ويتحقق فيما ليس بمال أصلاً، كحق كل زوج في التمتع بالآخر فهو حق شخصي، ولكنه ليس بمال لأنه غير قابل للتصرف فيه ولا يقبل نقله الى الغير لا بعوض ولا بدون عوض.

### الأستعمال والأحتمال والبيان

**الأستعمال:** إطلاق اللفظ وإرادة المعنى، وهو لا يكون إلا بعد الوضع ويكون دائماً صفة المتكلم.

**الأحتمال:** هو تحميل اللفظ المعنى سواء كان مطابقاً لمعناه المراد أم لا وهو صفة المخاطب.

**البيان:** وهو أستجلاء المعنى المراد من لفظ غير واضح فإذا كان من الشارع (المشرع) يكون تفسيراً تشريعياً، ومن القاضي يكون قضائياً، ومن الفقيه يكون فقهيّاً.

### خطة البحث

طبيعة الموضوع تتطلب تقسيم المواضيع المعنية بالدراسة الى ثلاثة

أقسام رئيسية:

القسم الأول أدلة الأحكام الشرعية

القسم الثاني الأحكام الشرعية

القسم الثالث دلالات النصوص وطرق إستنباط الأحكام

القسم الأول

# أدلة الأحكام الشرعية

الفصل الأول: القرآن والسنة النبوية.

الفصل الثاني : المصادر التبعية النقلية المتفق عليها.

الفصل الثالث : الأدلة التبعية النقلية المختلف فيها.

الفصل الرابع: الأدلة التبعية العقلية.





## ادلة الاحكام الشرعية

المراد بأدلة الاحكام الشرعية المصادر التي تستقى منها الأحكام الشرعية وهي تنقسم باعتبار الاصلية والتبعية والنقلية والعقلية والحجية إلى الفصول الأربعة الآتية :-

**الفصل الأول :** الأدلة الأصلية النقلية (١) المتفق عليها : وهي عبارة عن القرآن اولا والسنة النبوية ثانياً .

**الفصل الثاني :** الأدلة التبعية النقلية (٢) المتفق عليها : وهي عبارة عن الإجماع أولاً والعرف ثانياً .

**الفصل الثالث :** الأدلة التبعية النقلية المختلف فيها ، وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا .

**الفصل الرابع :** الأدلة التبعية العقلية (٣) وهي القياس والمصلحة والأستصحاب والأستحسان، وسد الذرائع .

---

(١) الأدلة النقلية : ما كان طريقها النقل ولا دخل للمجتهد في تكوينها وإيجادها كالقرآن والسنة والاجماع اذا كان سنده نصاً ، والعرف ، لان تكوين العرف نتيجة لتكرار العادة فهي اذا اكتسبت صفة الالزام الادبي تصبح عرفاً ينتقل من جيل الى آخر ويكون مصدراً ملزماً اذا حكم به القاضي ، او تحول الى قاعدة شرعية او قانونية .

(٢) المصدر الاصلية : هو المصدر الذي يكون منشأً للحكم الشرعي .

(٣) الأدلة العقلية : هي التي يكون للمجتهد دخل في تكوينها كالوسائل الشرعية التي يستدل بها للمجتهد ويستند اليه من الوجهة العقلية وباعتبارها كاشفة للاحكام الشرعية .

نشأت المصادر العقلية في عصر الصحابة اضافة الى النقلية ، فالنقلية : هي التي يكون طريقها النقل من جيل لآخر دون ان يكون للمجتهد دخل في تكوينها بخلاف العقلية فهي عملية عقلية اجتهادية للمجتهد من حيث ارجاع الجزئيات الى الكليات لن المعقول لا يعتد به ما لم يستند الى النقل

# الفصل الأول القرآن والسنة النبوية

القرآن: هو المرجع الأول والمصدر الرئيسي الذي ترجع اليه جميع المصادر الاخرى، قال الشاطبي «كتاب الله هو اصل الاصول والغاية التي تنتهي اليها انظار النظار ومدارك اهل الاجتهاد» ، والسنة رغم انها مصدر اصلي فانها ترجع الى القرآن باعتبار ان وظيفتها بيان احكامه ، وبقية المصادر ترجع اليه لانها كاشفة لاحكام الله وليست موجدة لها .

## المبحث الأول القرآن الكريم

القرآن : غني عن التعريف ، وبدهي ، ومن العبث تعريف البديهيات لذا نقتصر على قدر ما يتعلق بموضوعنا ، وصف الشافعي (رح) القرآن فقال : (فكل ما نزله الله في كتابه جل ثناؤه رحمة وحجة ، علمه من علمه وجهله من جهله ، لا يعلم من جهله ولا يجهل من علمه) . (١) وقال الشاطبي في وصفه : (انه كلية الشريعة ، وعمدة الملة وينبوع الرسالة ، ونور الابصار والبصائر ، وان لا طريق الى الله سواه ، ولا نجاة بغيره ولا تمسك بشيء يخالفه) ، (٢) وعرفه علماء الاصول بانه (الكلام المعجز المنزل على النبي محمد (ص) المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر المتعبد بتلاوته) (٣) ، واصفه - ان صح وصفي - بانه آخر دستور الهي جاء معدلا للدساتير الالهية السابقة التي نزلت على الانبياء والرسل ، تضمن امهات احكامها مضيها اليها احكاما جديدة اقتضاها نضج العقل البشري ليستقر عليها الانسان ويأخذ بهداها في تطوير حياته وضمان سعادته الدنيوية والآخروية .  
وتؤكد هذه الحقيقة آيات قرآنية منها : (شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا اليك ، وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ان اقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه) (٤) .

١ . رسالة الشافعي في علم الاصول : ص ١٩ .

٢ . الموافقات للشاطبي : ٣ / ٣٤٦ .

٣ . مناهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني ١ / ١٩ .

وقال امام الحرمين (البرهان ١ / ٦٦٧) : القرآن قاعدة الاسلام وقطب الشريعة واليه رجوع الاصول ولا

امر في الدين اعظم منه .

٤ . سورة الشورى / ١٣ .

## وظيفة الدستور :

الدستور لا يتطرق للجزيئات ولا يتضمن الاحكام التفصيلية ولا يتناول كل شيء بالاسم ... وانما يقتصر على امهات الاحكام وتأسيس الاسس العامة وتقعيد القواعد الكلية ، وصنع اطار عام يتحرك عقل المشرع في حدوده بحيث لا يجوز تشريع قانون يتعارض مع قاعدة من قواعده ولا تصدر تعليمات خارجة عن اطاره ، كذلك القرآن الكريم اقتصر على الاسس العامة والقواعد الكلية وصنع اطاراً اخلاقياً وقال العقل الانسان تحرك في ضوء متطلبات الحياة في الدنيا الواسعة شريطة ان يكون هذا التحرك ضمن حدود هذا الاطار الاخلاقي . (١)

## نهج القرآن في بيان الاحكام :

تضمن القرآن اضافة الى الآيات الكونية وآيات احوال الامم الماضية ثلاثة انواع من الاحكام .

### الاحكام الاعتقادية :-

وهي وجوب الايمان بالله وبما يتفرع عنه من الايمان والعمل بالاحكام الاخرى ، وذلك لان العقيدة هي المنطلق الاول للنهوض الى الحياة في شتى المجالات ، فمن لا ايمان له لا التزام له ومن لا التزام له لا امانة له ، ومن لا امانة له لا يصلح لعضوية الاسرة البشرية .

### الاحكام الخلقية :-

وهي وجوب ما ينبغي ان يكون عليه الانسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة حتى يصبح عنصراً مفيداً لنفسه وغيره ، بعيداً عن الشرور والسيئات التي تردى به وبمن معه في الهاوية .

---

١ . آيات القرآن كليات وخوّل العقل البشري بارجاع الجزئيات اليها لكن تناول بشيء من التفصيل العبادات لانها غير خاضعة للاجتهادات وكذلك احكام الاسرة لاهميتها وخطورتها .

## الاحكام العملية :-

وهي الصفات الشرعية لتصرفات الانسان القولية منها والفعلية ككونها واجبة او مستحبة ، او محرمة او مكروهة او مباحة ، وككونها سببا لصحة تصرف او شرطا له او مانعا منه ، او كون التصرف صحيحا او باطلاً . كل ذلك لغرض تنظيم العلاقات بين افراد بني الانسان بصورة منتجة لاثارها ومحققة لاغراض انشائها .

وتأتي في مقدمة هذه العلاقات علاقة الانسان مع ربه لانها الاساس الرئيسي لمصادقية بقية علاقات الانسان بعضهم مع بعض ، فكل خلل في علاقة الانسان مع ربه تنعكس اثاره السلبية على علاقته مع غيره من بني نوعه .

## اهم الاحكام العملية :

### ١- احكام العبادات :

ووظيفتها تقوية الصلة بين العبد وربيه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله ، والمزارع في مزرعته ، والمعلم في مدرسته ، والموظف في مقر عمله ، والجندي في ساحة المعركة ، والام في بيتها ، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها .

### ٢- احكام الاسرة :

وهي وجوب ما للفرد وما عليه من الحقوق والالتزامات باعتبار مركزه في اسرته منذ ان كان جنيناً الى وفاته من رضاع وحضانة وولاية وتربية ونفقة وتعليم وزواج ومعاشرة وطلاق وعدة ووصية وتركة.

وقد تناول القرآن هذه الاحكام بشيء من التفصيل لاهميتها وخطورتها في حياة الفرد والمجتمع .

### ٣- احكام المعاملات المالية :

وهي وجوب رعاية الاسباب الشرعية لكسب الملكية والاخذ بالاسس والقواعد التي تترتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص الى آخر حتى لا يكتسب احد حقا اكثر من التزامه ولا يطفى حق فرد على حق آخر ، وقد اقتصر القرآن على العناصر والاسس والاحكام التي لا تتغير

بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة الاقتصادية ومنها : التراضي في عقود المعاوضات (١) وطبيعة النفس في التبرعات (٢) ، والتوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانبين (٣) ، والوفاء بالالتزام المترتبة على التصرفات (٤) ، واداء المدين للامانات (٥) ، وتوثيق العقود ضمانا للحقوق وحذرا من الخصومات (٦) وترك القرآن بقية عناصر العقود واحكامها واسس الالتزامات المالية واحكامها وتطوير العلاقات الاقتصادية واتجاهاتها للعقول البشرية في ضوء متطلبات المعيشة في كل زمان ومكان شريطة ان يكون ذلك ضمن الاطار الاخلاقي الذي صنعه الله للانسان ليتحرك في داخله ولا يتجاوز حدوده (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) (٧).

#### ٤- الاحكام الدستورية :

لم يتطرق القرآن لبيان طبيعة الحكم ولا لطرق انتخاب ولي الامر (رئيس الدولة) ولا للشروط التي يجب ان تتوافر في الرئيس ، ولا لكيفية انتخاب اهل الشورى (أو أهل الحل والعقد) ولا لكل ما يتغير بتغير الحياة فيما يتعلق بالنظام الدستوري وعلاقة الحاكم بالمحكوم والحقوق والواجبات بين الراعي والرعية ولكن امر بوجود توافر اربعة أسس رئيسية :

**الاساس الاول :** هو العمل بمبدأ الشورى في صنع كل قرار يتعلق بالمصالح العليا للامة (٨) .

- (١) قال الله تعالى : «يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم» سورة النساء / ٢٩ .
- (٢) قال تعالى : «واتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا» سورة النساء / ٤ .
- (٣) قال تعالى : «واحل الله البيع وحرم الربا» سورة البقرة / ٢٧٥ والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين العوضين والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يكتسب فيه احد العاقدين مصلحة على حساب الاخر بدون مبرر شرعي .
- (٤) قال تعالى : «يا ايها الذين امنوا افوا بالعقود» سورة المائدة / ١ . اي افوا بالالتزامات المترتبة على العقود .
- (٥) قال تعالى : «ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها» سورة النساء / ٥٨ والمراد بالامانة كل حق عيني او شخصي يعود الى الغير بحيث لا يجوز الاحتفاظ به بدون مبرر شرعي ويشمل ايضا كل واجب على الانسان تجاه ربه وتجاه الغير من بني الانسان .
- (٦) قال تعالى : «يا ايها الذين امنوا اذا تدابنتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل» «واشهدوا اذا تبايعتم» ... «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فراهان مقبوضة» سورة البقرة / ٢٨٢ ، ٢٨٣ .
- (٧) سورة الطلاق / ١ .
- (٨) قال تعالى (وشاورهم في الامر) سورة آل عمران / ١٥٩ ، (وامرهم شورى بينهم) . سورة الشورى / ٣٨

**الاساس الثاني :** رعاية العدل والعدالة في كل حكم قضائي واداري وغيرهما من كل ما يمس حياة وكرامة الفرد . (١)

**الاساس الثالث :** توزيع الحقوق والواجبات والالتزامات بميزان المساواة بحيث لا يأخذ احد حقا اكثر من التزامه على حساب الاخرين ولا يكلف بالتزام - بدون رضاه - لا يقابله حق .

**الاساس الرابع :** وجوب اطاعة ولى الامر فيما لا توجد فيه معصية الله (٢) لانه يمثل النظام والاخلال بالتزام الطاعة اخلال بالنظام .

## ٥- احكام العلاقات الدولية :

بين القرآن علاقة الدولة الاسلامية مع غيرها وعلاقات الشعوب والاقوام ، والامم على اساس الاخوة البشرية وكونهم من اب واحد وام واحدة (٣) وشيمة الاخوة هي التعاون والتضامن واستيعاد كل ما يعتبر من باب عدوان بعضهم على بعض وعلى هذا الاساس اعتبر القرآن ان الاصل في هذه العلاقات هو السلم (٤) ، وان الحرب استثناء (٥) لا يجوز اللجوء اليها الا في حالات الدفاع الشرعي عن العقيدة والايمان وعن الحياة والعرض والمال والعقل ، تلك المصالاة الضرورية التي رعايتها والمحافظة عليها تعتبر من صميم مقاصد الشريعة الاسلامية .

- 
- (١) امر الله سبحانه وتعالى بالعدل والخذ به في آيات متعددة كثيرة منها (ان الله يأمر بالعدل والاحسان) سورة النحل / ٩٠ .
  - (٢) (يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم ، فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً) سورة النساء / ٥٩ .
  - (٣) قال تعالى : (يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم) . سورة الحجرات / ١٣ .
  - (٤) قال تعالى : (يا ايها الذين امنوا امنوا ادخلوا في السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان انه لكم عدو مبين) سورة البقرة / ٢٠٨ .
  - (٥) قال تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا ان الله مع المتقين» سورة البقرة / ١٩٤ .

وفي حالة الدفاع الشرعي ايضا أمرنا الشارع سبحانه بالانصراف الى السلم كلما دعا المعتدي الى ذلك بعد كفه عن الاعتداء (١) .

## ٦- احكام المالية العامة :

**اولاً :** الملكية في الاسلام تختلف بين الملكية في النظامين الرأسمالي والشيوعي ففي النظام الرأسمالي ملكية الفرد مقدسة غير محددة ، وغير خاضعة للقيود ، وفي النظام الشيوعي عناصر الانتاج ملك للدولة وفي الشريعة الاسلامية الملكية لله تعالى (٢) والانسان خليفة ووكيل (٣) ، فعليه ان يستثمر ملكه استثماراً يفيد نفسه ومجتمعه ، وان ينفق ما يزيد عن حاجته في سبيل الله وفي سبيل المصلحة العامة) . (٤) .

**ثانياً :** جميع المعادن الفلزية واللافلزية في باطن الارض وظاهرها ، وفي الملك الخاص والملك العام تعتبر من الاموال العامة ومن موارد الدولة كما اجمع على ذلك فقهاء الملكية ، وعللوا ذلك بأن استثمارها من قبل الافراد يخلق الفتن والحقد والبغضاء .

**ثالثاً :** اموال الوقف من الاموال العامة يصرف ريعها على الموقوف عليه ، فاذا انقرض تصرفه الدولة في سبيل المصالح الخيرية العامة .

**رابعاً :** الزكاة : موارد زكاة النقود ، والمحصولات الزراعية ، والحيوانات وكل مال معد للربح والتجارة تعتبر من الاموال العامة أو حقوق الله المحضة ، فعلى الدولة تأسيس مؤسسة عامة ووزارة تتولى جمع موارد الزكاة وتوزيعها على مصارفها المحدودة في القرآن (٥) ، بضمنها (في سبيل الله) اي في سبيل المصلحة العامة .

---

(١) قال تعالى : «وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله انه هو السميع العليم» سورة الانفال / ٦١ .

(٢) قال تعالى : «ولله ملك السموات والارض وما بينهما» سورة المائدة / ١٧ .

(٣) قال تعالى : «وهو الذي جعلكم خلائف في الارض» سورة الانعام / ١٦٥ .

(٤) قال تعالى : «وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه» سورة الحديد / ٧ .

(٥) قال سبحانه وتعالى : «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين

وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم» التوبة / ٦٠ .

**خامساً :** الضرائب : للدولة فرض الضرائب على دخل الاغنياء واخذ الزيادة عن حاجتهم كلها او بعضها كلما دعت الى ذلك حاجة الامة او المصلحة العامة والتي يتعسر قضاؤها بغير ذلك لان الزيادة تعتبر من الانفال (١) والنفل في اللغة العربية عبارة عن الزيادة وقد طبق الخلفاء الراشدون فكرة أخذ مال الاغنياء مما هو زائد عن حاجتهم في حالات حاجة بين المال الى ذلك كما في ظروف الجهاد .

**سادساً :** ارض العراق موقوفة على المصالح العليا منذ الفتح الاسلامي باتفاق كبار الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب (٢) .

## ٧- احكام الجرائم والعقوبات :

الجريمة عبارة عن ارتكاب فعل محرم ثابت تحريمه بالنص او الاجماع او ترك فعل واجب ثابت وجوه بالنص او الاجماع ، والجريمة في الحالة الاولى ايجابية وفي الحالة الثانية سلبية .  
قسم فقهاء الشريعة الجرائم باعتبار خطورتها وعقوبتها الى ثلاثة اقسام رئيسية :

### القسم الاول : جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الانسان لذلك حدد التجريم بالنص والعقاب بالنص ، وتتميز عقوبات جرائم الحدود بانها حقوق الله المحضة (حقوق عامة) ولذلك لا تقبل التخفيف

(١) قال تعالى : «يسألوك عن الانفال ، قل الانفال لله والرسول» الانفال / ١ .

(٢) بعد ان تم فتح العراق والشام وغيرها من البلاد الاخرى في عهد عمر بن الخطاب (رض) رأى جهود الصحابة في بادئ الامر تقسيم تلك الارض بين الفاتحين بعد اخراج الخمس فخالقهم عمر ثم قالوا له : استشر فاستشار المهاجرين الاولين فاختلفوا ثم قال لهم ارايتم هذا الشعور لا بد لها من رجال يلزمونها ارايتم هذه المدن العظام كالعظام : الجيزة والكوفة والبصرة ومصر .. لا بد لها من ان تشحن بالجيوش وادرار الطعام ، ليهم فمن ابن يعطى هؤلاء اذا قسمت الارض والمخرج : فقالوا جميعاً : الرأي اريك فنعم ما قلت ونعم ما رايت اذا لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وغيرهم عليهم ما يتقون به رجع اهل الكفر الى مدنهم ، ثم انتهى الامر بموافقة اكثرهم على اعتبار ارض العراق موقوفة على المصالح العليا ، لمزيد من التفصيل راجع كتاب الخراج لابي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب الامام ابي حنيفة / ص ٢٤ وما بعدها ، والخراج ليحيى بن آدم : ص ١٨ ، ص ٤٢ ، والاموال لابن عبيد : ص ٥٦ وما بعدها .



والتشديد والعفو والصلح والتبديل والتعديل . ومنها جريمة الزنا والذفف والسرقة (١) والردة (٢) .

## القسم الثاني : جرائم القصاص والدية :

وهي جرائم الاعتداء على حياة الانسان او على سلامته ، فكل من التجريم (٣) والعقاب (٤) في هذا التقسيم ايضا ثابت بالنص الا ان عقاب القصاص والدية حق مشترك بين الدولة التي تمثل المجتمع وبين المجني عليه (حال حياته) وورثته (بعد وفاته) . والحق الخاص هو الغالب لان ضرر المجني عليه واسرته اكثر من ضرر المجتمع . والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بان (الغرم بالغرم) لذلك يجوز في الشريعة الاسلامية العدول من القصاص الى الدية او العفو (٥) اذا كانت الجريمة للمرة الاولى (٦) .

## القسم الثالث : جرائم التعزير :

وهي الجرائم التي ترك تحديد عقوبتها لولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى او (اهل الحق والعقد) وهي ثلاثة انواع :

- (١) قال تعالى في تجريم السرقة : (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل) سورة البقرة / ١٨٨ ، وقال في العقاب : (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم) المائدة / ٣٨ .
- (٢) قال تعالى: (ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت اعمالهم في الدنيا والآخرة واولئك اصحاب النار هم فيها خالدون) البقرة / ٢١٧ . وفي القرآن نوع ثاني من الاحكام العملية وهي احكام المرافعات والاثبات وردت بمبادئ عامة منها (واشهدوا ذوي عدل منكم) (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه) (وان كان فوعسرة فنظرة الى ميسرة) .
- (٣) قال تعالى في تحريم القتل(ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق) الاسراء / ٣٣ وقال (من قتل نفساً بغير نفس او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعاً) المائدة / ٢٢ .
- (٤) قال تعالى : (يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى) البقرة / ١٧٨ ، وقال (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) النساء / ١٢ .
- (٥) قال تعالى : (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) / الاسراء / ٣٣ . والسلطان عبارة عن احد الخيارات الثلاثة (اما طلب تنفيذ القصاص او الدية او العدول الى العفو) .
- (٦) والا فلا يجوز لولي المقتول سوى طلب القصاص واذا طلب غير ذلك فلا يجوز للقضاء والسلطة التنفيذية اجابة طلبه ما دام ارتكاب القتل اصبح اكثر من مرة واحدة .

## النوع الاول : جرائم الحدود المقترنة بالشبهة (١) .

كل جريمة حدية حصلت فيها شبهة من حيث الاثبات او من حيث التنفيذ تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بعقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية اذا لم تصل الشبهة الى درجة اعفائه من العقاب ، ومن تطبيقات تحول جريمة الحد الى الجريمة التعزيرية .

أ- جريمة الزنا اذا لم تثبت باربعة شهود ، او كانت في زواج فاسد لان نصاب الشهادة في الزنا اربعة فما فوق (٢) .

ب- جريمة السرقة بين الزوجين ، او بين الاصول والفروع ، او بين الشريكين ، او في حالة الحاجة والفقر ... فلا يعاقب السارق بالعقوبة المحددة لجريمة السرقة .

## النوع الثاني :

جرائم ثبت تجريمها بالنص وترك تحديد العقوبة للسلطة التشريعية الزمنية كالتجسس (٣) ، والغص (٤) ، والرشوة (٥) ، وخيانة الامانة (٦) .

(١) الشبهة : هو ما لم يتيقن كونه حراماً او حلالاً وما لم يتيقن ثبوته ، والشبهة قد تكون في الفعل وهو ما ثبت بظن غير الدليل دليلاً كظن حل معاشره زوجة يكون زواجها فاسداً او باطلاً ولا يعلم ببطلانه . وقد تكون شبهة في المحل كالسرقة بين الاصول والفروع فالشبهة في المال المسروق من حيث الحل والحرمة وقد قال الرسول (ص) لولد اح الصحابة (انت ومالك لابيك) ، وق تكون في الاثبات كما في حالة عدم توافر نصاب الشهادة مع قناعة القاضي بوقوع الجريمة .

(٢) لوجود الشبهة في الاثبات في الحالة الاولى ، ووجود العقد الصوري في الحالة الثانية الذي اعتبره الفقهاء منشأ الشبهة واقروا فيه النسب والعدة ومهر المثل وعدم وجوب عقوبة الحد وثبوت المصاهرة ، اذا تم الدخول .

(٣) قال تعالى : (ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً) الحجرات / ١٢ .

(٤) قال تعالى : (ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم انه كان حرماً كبيراً) النساء / ٢ .

(٥) قال تعالى : (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام) البقرة / ١٨٨ .

(٦) قال تعالى : (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) النساء / ٥٨ .

## النوع الثالث : الجرائم المستحدثة :

الشرعية الاسلامية والشرائع الالهية السابقة تستهدف مصلحة الانسان يجلب منفعة له او دفع مضره عنه ، وهذا حكم مفترض في القوانين الوضعية ايضاً لكن تزيد الشرعية على القانون بامور من اهمها رعاية المصالح الاخرى للانسان .

وبناء على هذه الحقيقة قال فقهاء الشرعية يجوز لولي الامر بتعاون مع اهل الحل والعقد ان يعتبر كل فعل مضر بالمصالح الضرورية للانسان كمصلحة الدين والحياة والعرض والمال والعقل ... جريمة يعاقب عليها بعقوبة يتلائم مع حجم الجريمة وخطورة المجرم (١) .

## دلالة القرآن على الاحكام :

القرآن قطعي الثبوت لانه منقول في كل عصر من العصور الاسلامية التواتر منذ نزول الاية الاولى الى يومنا هذا .

اما دلالاته على الاحكام فقد يكون قطعية وقد تكون ظنية :

١- تكون دلالة النص قطعية اذا لم يحتمل اكثر من حكم (او معنى) واحد ، ومن امثلة الدلالات القطعية للآيات القرآنية :

١- قوله تعالى : (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين . وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله اخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس . فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) (٢) .

فدلالة هذه الاية على ان نصي الزوج النصف اذا لم يكن لزوجته فرع وارث ، والربع اذا كان لها فرع وارث ، وعلى ان نصيب الزوجة الربع عند عدم وجود فرع وارث للزوج ، والثمن

---

(١) والمصدر الكاشف لاحكام هذا النوع الثالث : المصلحة المعتبرة التي ترجع اما الى المصالح الضرورية او

الحاجية او التحسينية كما يأتي تفصيل ذلك في محله بأذن الله .

(٢) سورة النساء / ١٢ .

عند وجوده ، وان لآخ واحد أو آخت واحدة للمتوفى من أمه السدس ، وان لآكثر من واحد منهما الثلث ، دلالة قطعية غير قابلة للاآتجاه والتعديل والتبديل مهما تطورت الحياة وتغير الزمان والمكان .

٢- قوله تعالى : (الزانية والزاني فآجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) (١) ، يدل على ان عقوبة جريمة الزنا اذا توافرت اركانها وشروطها وانتفت موانعها مائة جلدة دلالة قطعية غير قابلة للاآتجاه والتخفيف والتشديد .

٣- قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فآجلدوهم ثمانين جلدة . ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون) (٢) ، يدل على ان العقوبة البدنية لجريمة القذف اذا توافرت اركانها وشروطها وانتفت موانعها ثمانون جلدة .

ب- تكون دلالة النص ظنية اذا آحتمل آكث من حكم (أو معنى) واحد ، ومن أمثلة الدلالات الظنية للآيات القرآنية :

١- قوله تعالى : (للذين يؤلون (٣) من نسائهم تربص (٤) اربعة اشهر فان فاعوا (٥) فان الله عفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) (٦) دلالة ظنية على ان من هج زوجته وحلف الا يعاشرها معاشرة زوجية . للزوجة الانتظار اربعة اشهر فاذا لم يرجع الزوج الى المعاشرة معاشرة زوجية ، للزوجة الانتظار اربعة اشهر فاذا لم يرجع الزوج الى المعاشرة خلال هذه المدة ، قال الحنفية (٧) والاباضية (٨) : يقع الطلاق تلقائيا بدون حكم قضائي ، وقال المالكية (٩)

(١) النور / ٢ .

(٢) سورة النور / ٤ .

(٣) يطفون الا يعاشرهن جنسيا .

(٤) انتظار .

(٥) رجعوا الى المعاشرة .

(٦) سورة البقرة / ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

(٧) شرح فتح القدير لابن الهمام (محمد بن عبد الواحد) ٣ / ١٨٣ .

(٨) جوهر النظام للسالمي (عبد الله بن حميد) ٤ / ٩١ .

(٩) شرح الخرشي (ابي عبد الله محمد) ٤ / ٩١ .

والشافعية (١) والحنابلة (٢) للزوجة رفع الدعوى الى القاضي والقاضي للقاضي بناء على طلبها ان يجبر الزوج على الرجوع او الطلاق فان ابى يفرق بينهما . ويكون التفريق طلاقاً رجعياً ، وقال المالكية : مجرد الهجر كاف لذلك اذا كان مضمراً بالزوجة ولا يشترط الحلف لان الحكم شرع لرفع الضرر والظلم عن الزوجة سواء حلف الزوج الا يعاشرها ام لا .

وقال الجعفرية (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والحنابلة في رواية (٦) القاضي يجبر الزوج على الرجوع الى المعاشرة او الطلاق او يحكم بحبسه ويقي في الحبس الى ان يرجع او يطلق او يموت ، وهذه الخلافات بين الفقهاء نشأت عن كون دلالة الآية ظنية .

٢- قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) (٧) يحتمل اكثر من حكم (معنى) واحد لان لفظ (نكاح) ورد في اللغة العربية والشرع تارة بمعنى المعاشرة الجنسية مطلقاً سواء كانت مشروعة ام لا ، ومرة بمعنى عقد الزواج واخرى بالمعنيين معاً على اساس انه مشترك بينهما ، وترتب على ذلك اختلاف الفقهاء في ثبوت المصاهرة المحرمة بالزنا .

قال جماعة من فقهاء الصحابة والتابعية وتبعهم جمهور فقهاء ائمة المذاهب من الحنفية (٨) والجعفرية (٩) والاباضية (١٠) والحنابلة في الصحيح عندهم (١١) : من زنى بأمرأة حرم عليه اصولها وفروعها ، وحرم عليها اصوله وفروعه استناداً الى الآية المذكورة ، لان النكاح فيها

---

(١) الانوار ليوسف الاربيلي ٢ / ٢٩٣ .

(٢) الانصاف للمرادي ٩ / ١٨٣ .

(٣) شرائع الاسلام لنجم الدين ابي القاسم : ٢ / ٨٤ .

(٤) المحلى لابن حزم الظاهري ١٠ / ٤٣ .

(٥) التاج المذهب لاحمد بن قاسم ٢ / ٢٥٦ .

(٦) الانصاف، المرجع السابق .

(٧) سورة النساء ٢٢ .

(٨) في شرح فتح القدير (٣ / ٢٢٠) واستدل بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) بناء على ان المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللفوية او مجاز يجب الحمل عليه بقربنة انه كان فاحشة .

(٩) اي عند بعضهم ، الخلاف في الفقه للطويسي ٢ / ١٦٤ .

(١٠) كتاب النكاح للامام ابي زكريا يحيى بن الخير الجناوني ، ص ٢٥ .

(١١) في المغني (٦ / ٥٧٦) : ولنا قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) ، والوطء يسمى نكاحاً .

يشمل المعاشرة الجنسية المشروعة وغير المشروعة وعقد الزواج المقترن بالدخول او بلا دخول . وذهب الآخرون الى ان النكاح في هذه الآية بمعنى عقد الزواج . فمن تزوج امرأة زواجاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول او بعده حرمت على اصوله وفروعه ، ولا تثبت المصاهرة بالزنا (١) .

٣- قوله تعالى : ( ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك ) (٢) دلالة ظنية لان لفظ (ولد) في عرف العرب يستعمل للذكر فقط وبه فسره جمهور فقهاء الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية فقالوا : البنت لا تحجب الاخت الشقيقة أو الأب بل تكون عصبية معها فلها الباقي من التركة (٣) .

ويستعمل في لغة العرب للذكر والانثى وبه فسره ابن عباس (٤) وأخذ به فقهاء الجعفرية (٥) وداود الظاهري (٦) لا ترث الاخت عند وجود البنت .

٤- قوله تعالى : ( فان كان له أخوة فلامه السدس ) (٧) دلالة ظنية لان لفظ (أخوة) له عدة احتمالات أهمها :

أ- قال جمهور الفقهاء : المراد به اخوان فاكتر ، او اختان فاكتر او أخ واخت فاكتر لان الحد الأدنى للجمع اثنان (٨) .

ب- وقال الجعفرية (٩) المراد به اخوان فاكتر ، أو أخ واختان فاكتر ، أو اربع اخوات فاكتر ، لان كل أخ يعادل اختين وان الحد الأدنى اخوان او ما يعادلها إضافة الى ذلك قالوا : يجب ان لا يكونوا من الام .

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ / ٢٩ .

(٢) سورة النساء / ١٧٦ .

(٣) دولفنا شرح قانون الاحوال الشخصية احكام الميراث والوصية ص ١٤٩ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن لابي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ٦ / ٢٩٩ .

(٥) الخلاف في الفقه للطوسي (ابي جعفر بن الحسن بن علي) ٢ / ٤٤ .

(٦) الجامع لاحكام القرآن المرجع السابق .

(٧) سورة النساء / ١١ .

(٨) المغنى لابن قدامة ٦ / ١٧٦ .

(٩) الخلاف ، المرجع السابق .

ج- ابن عباس : الحد الأدنى ثلاثة أخوة وقال لعثمان بن عفان (رض) ان الاخوين لا يردان الام الى السدس ، انما قال الله تعالى (فان كان له اخوة) والاخوان في لسان قومك ليس باخوة فقال عثمان : «لا استطيع ان انقض امرا كان قبلي توارثه الناس ومضى في الامصار» واخذ برأي ابن عباس فقهاء الظاهرية (١) .

ونستنتج مما ذكرنا : ان السبب الرئيسي من اسباب اختلاف الفقهاء عبارة عن ظنية دلالة النص على الحكم في القرآن الكريم .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ / ١٧٦ . واخرج الاثر المذكور عن ابن عباس الحاكم في المستدرک، كتاب الفرائض ٤ / ٣٣٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الفرائض ، باب فرض الام ٦ / ٢٢٧ .

## المبحث الثاني السنة النبوية

السنة النبوية اصل من اصول الشريعة الاسلامية ، وتحتل المركز الثاني بعد القرآن ، والعمل بها واجب ما لم يثبت عدم صحتها ، وذلك بموجب القرآن والحديث والاجماع والمعقول .

أ- القرآن : أكد القرآن في آيات كثيرة وجوب اطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم واتباعه بعد اطاعة الله ومنها قوله تعالى :- «وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» وقوله تعالى:- «من يطع الرسول فقد اطاع الله» ، قوله تعالى : ( يا ايها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول) (١) ، فاطاعة الله تكون بالرجوع الى القرآن واطاعة الرسول بالرجوع الى سنته ، واطاعة اولي الامر بالرجوع الى ما اجمع عليه العلماء المسلمون ففي الآية اشارة الى اربعة مصادر للاحكام الشرعية : (القرآن والسنة والاجماع والقياس) ، ويفهم القياس من قوله تعالى (فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول) .

ب- الحديث : قال النبي (ص) لمعاذ بن جبل (رض) حين قرر ارساله الى اليمن قاضيا : كيف تقضي اذا عرض لك قضاء ؟ قال : اقضي بكتاب الله ، قال : فان لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فان لم تجد في سنة رسول الله ولا كتاب الله قال : اجتهد رأيي ولا ألو ، فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله (٢) ، وهذا يدل على اقرار الرسول للنهج المنطقي المتسلسل الذي نوى معاذ ان يتبعه في قضائه .

ج- الاجماع : اجمعت الامة الاسلامية كافة منذ عهد الرسالة على ان السنة النبوية بعد ثبوتها تأتي بعد القرآن مباشرة في المصدرية للاحكام الشرعية .

(١) سورة

(٢) سورة النساء ٨٠

(٣) سورة النساء / ٥٩ .

(٤) رواه الامام احمد في مسنده ٥ / ٢٣٦ و ٢٤٢ ، وابو داود في السنن (٣٥٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠ / ١١٤ .



د- المعقول : العقل السليم يقضي بحجية قول وفعل وتقرير من اختاره الله رسولاً وزكاه فيما ينطق به فقال : (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى) (١) ، وخوله ببيان القرآن وايضاح احكامه فقال : (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما انزل اليهم) (٢) ، (وما انزلنا عليك الكتاب الا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه) (٣) .

## حقيقة السنة

للفظ (سنة) حقيقة لغوية وفقهية وحديثية واصولية :

لغة : الطريقة المعتادة سواء كانت ممدوحة ام مذمومة (٤) .

وفقهاً : هي النافلة في العبادات (٥) اي الطريقة المتبعة في الدين والتي لم تكن من الغض ولا من الواجب كسنن ما قبل الصلاة وما بعدها وكسنن الصيام اضافة الى الصيام الفرض ...

فالسنة بهذا المعنى عبادة مطلوب فعلها على وجه الافضلية والاولوية بحيث يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها ، وهي مترادف المندوب والمستحب والتطوع والنفل .

وحديثاً : عند اهل الحديث ما اثر عن النبي (ص) من قول او فعل او تقرير او صفة خلقية او سيرة سواء اكان ذلك قبل البعثة كتحتته في غار حراء ام بعدها (٦) .

واصولاً : ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم - غير القرآن - من قول (٧) او فعل او تقرير ، فالسنة بهذا المعنى الاصولي هي المعنية بدراستنا ، وهي مصدر من مصادر الاحكام الشرعية .

(١) سورة النجم / ٣ .

(٢) سورة النحل / ٤ .

(٣) سورة النحل / ٦٤ .

(٤) وقد وردت بهذا المعنى في القرآن : فقال تعالى : (وما منع الناس ان يؤمنوا اذ جاءهم الهدى ويستغفروا ربهم الا ان تأتيهم سنة الاولين) سورة الكهف / ٥٥ ، (قد خلت من قبلكم سنن فسيروا في الارض) آل عمران / ١٢٧ . ووردت ايضاً بهذا المعنى في حديث الرسول (ص) فقال : (من سن سنة حسنة فله اجرها واجر من عمل بها بعده من غير ان ينقص من اجرهم شيء) ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر عمل بها من بعده من غير ان ينقص من اوزارهم شيء) . صحيح مسلم : ٧٠٥ / ٢ .

(٥) التلويح لسعد الدين التفتازاني على التوضيح، شرح التنقيح لصدر الشريعة (عبد الله بن مسعود): ٢ / ٢٤٣ .

(٦) السنة قبل التدوين للاستاذ محمد عجاج الخطي ص ١٦ .

(٧) ويسمى الحديث ، والسنة تشمل القول والفعل والتقرير ، والحديث يختص بالقول .

## الحديث القدسي والحديث النبوي :

الحديث القدسي : ما كان معناه وحياً من الله ولفظه من النبي ، فهو يختلف عن القرآن الذي لفظه ومعناه من الله ، وعن الحديث النبوي الذي لفظه ومعناه من الرسول (١) .

### اقسام السنة من حيث كيفية صدورها عن الرسول ثلاثة : قولية وفعلية وتقريرية :

١- السنة القولية: وهي اقواله التي قالها صفته رسولا خاضعا للوحي الالهي ومن سنته القولية: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران، فاذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله اجر) (٢)، (انكم تختصمون إليّ فلفل بعضكم ان يكون الحن (٣) بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه (٤) فمن قطعت له من حق اخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقطع له قطعة من النار) (٥).

والاحكام الواردة في السنة القولية غالباً أحكام تفصيلية وقد اتت بعض اقواله على سبيل القواعد الكلية، وفرع عنها الفقهاء ، قواعد فقهية عامة كقوله (لا ضرر ولا ضرار) (٦).  
والسنة القولية اقوى اقسام السنة من حيث صدورها عن الرسول لانّ القول أدلّ على المعنى المراد من الفعل أو السكوت ، ولذلك تقدم السنة القولية عليهما حال التعارض .  
٢- السنة الفعلية : وهي اعماله التي فعلها باعتبارها تطبيقاً للاحكام الشرعية كقضائه ، او ايضاحاً للآيات القرآنية طبقاً لقوله تعالى: (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم) .

(١) ومن الحديث القدسي ما رواه النبي (ص) عن ربه (يا عبادي اني حرمت الظلم على نفسي فلا تظالموا، يا عبادي كلكم ضال الا من هديته فاستهدوني اهدكم). اخرجته مسلم، باب تحريم الظلم، صحيح مسلم بشرح النووي ١٦ / ١٦٨ .

(٢) متفق عليه ، فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ١٣ / ٢٩٢ ، باب اجر الحاكم، صحيح مسلم بشرح النووي باب الاقضية ١١ / ٢٥٤ . وانظر (سبل السلام) ٤ / ١٥٥ .

(٣) اللحن هو الميل عن جهة الاستقامة او الفطنة ، والمراد ان بعض الخصماء اعرف بالحجة وافطن لها من غيره .  
(٤) اي من الدعوى والاجابة والبيّنة، او اليمين، وقد تكون باطلة في الواقع فيقطع من مال اخيه قطعة من نار باعتبار ما يؤول اليه، والحديث دليل على ان حكم الحاكم لا يحل به للمحكوم له ما حكم له به على غيره اذا كان ما ادعاه باطلاً في نفس الامر وما اقامة من الشهادة الكاذبة ، وإما الحاكم فيجوز له ان يحكم بما ظهر له من الادلة الظاهرة والالزام به .

(٥) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الاحكام ١٣ / ٢١٤ وما بعدها باب من قضى في حق اخيه فلا يأخذه ، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الاقضية ١٢ / ٢٤٤ ، باب الحكم بالظاهر وانظر ايضاً: سبل السلام ٤ / ١٦٠ .

(٦) اخرجته الامام احمد في مسنده ٥ / ٣٢٦ - ٣٢٧ ، وابن ماجه كتاب الاحكام ٢٣٤٠ ، وانظر كذلك سبل السلام ٣ / ١١٠

ومن سننه الفعلية اعماله التي بين ها مجمل آيات القرآن فبين قوله تعالى : (واقيموا الصلاة) (١) فاقام الصلاة بحضور اصحابه وادى اركانها وشروطها وسننها ثم قال لهم (صلوا كما رأيتموني اصلي) وكذلك بين قوله تعالى : (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) (٢) ، فادى مناسك الحج مع اصحابه ثم قال لهم (خذوا عني مناسككم) .

**٣- السنة التقريرية :** وهي ما روي من استحسان الرسول (ص) أو سكرته وعدم انكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضرته أو في غيابه ثم علم به (٣) لان السكوت تقري ضمني لمشروعية القول أو الفعل والنبي بحكم رسالته مسؤول عن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يسكت على ما يراه منكرا ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك كالسكوت حذراً من حدوث المضاعفات .

## اقسام السنة باعتبار تسلسل سندها :

ينقسم الحديث النبوي باعتبار سنده الى متصل وغير متصل (مرسل) :

**١- الحديث المتصل :** هو ما اتصل سنه (٤) الى رسول الله (ص) دون انقطاع راو من رواته في سلسلة الرواية بان كان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه حتى

١. سورة البقرة / ١١٠ .

٢. سورة ال عمران / ٩٧ .

٣. ومن هذا القبيل ما حدث اثناء الحملة العسكرية بقيادته عليه الصلاة والسلام على بني قريظة حين قال لاصحابه (لا يصلين أحدكم الا في بني قريظة) من ان بعض الصحابة استنتجوا من هذا الكلام ان المقصود هو الاستعجال للوصول قبل علم العدو بخطتهم ، فصلوا في الطريق حين ادركتهم صلاة العصر في حين فهم الآخرون ان الصلاة لا تجوز في الطريق قبل الوصول الى بني قريظة فاخروها الى ما بعد المغرب . ولما وصل الخبر الى النبي سكت ولم يأمر ايا من الفريقين باعادة الصلاة واعتبر سكوته موافقة على صحة صلاة كل فريق منهما . اخرج الامام مسلم في كتاب الجهاد باب المبادرة بالغزو ١٢ / ٢٤٠ .

٤. متن الحديث : هي الفاظ الحديث التي تتقوم بها المعاني اي نص القول أو الفعل .

سنة الحديث : هي الاخبار عن طريق المتن اي طريق رواية الحديث من رواته الذين تتوفر فيهم شروط الرواية والاسناد : هو رفع الحديث الى قائله والمحدثون يستملون السند والاسناد لشيء واحد ، قال ابن حزم : هو نقل الثقة عن الثقة يبلغ به النبي (ص) مع الاتصال .

السند (يفتح النون) : الحديث المسند أو الكتاب الذي جمع فيه ما اسنده الصحابة اي رواه ، وقد يطلق ويراد به الاسناد ، انظر : قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للاستاذ محمد جمال الدين القاسمي تحقيق محمد بهجت البيطار : ص ٢٠٢ .

ينتهي الى منتهاه (١) ، ويسمى «المسنن» لاتصال اسناده

**الحديث المرسل :** (او غير المتصل) هو الذي لم يتصل السند فيه الى رسول الله (ص) او اتصل ولكن حذف من سلسلة الرواة راو او اكثر .

## اقسام الحديث المتصل من حيث قوة روايته :

**الحديث باعتبار روايته :** لا يخلو اما ان يكون رواته في كل عهد جماعة يمنع العقل تواطؤهم على الكذب لكثرتهم (٢) او لعدالتهم او لتباين اماكنهم ، او يصير كذلك بعد القرن الاول الهجري في القرنين الثاني والثالث ، او لا يصير متواترا اصلا فالاول متواتر والثاني مشهور والثالث خبر الواحد (٣) .

**١- الحديث المتواتر :** هو ما رواه عن الرسول (ص) مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عاة اتفاقهم على الكذب ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين لا يتصور عادة تواطؤهم على الكذب ثم نقله عن هذا الجمع جمع من تابعي التابعين كذلك وهكذا ... وهذا النوع من الحديث كثير في السنة الفعلية ولكنه قليل بل نادر في السنة القولية .

ومن السنن القولية المتواترة قول الرسول (ص) : (لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج ، ومن كذب علي متعمدا فليتبوا مقعده من النار) وقد رواه عن الرسول اكثر من مائة صحابي .

## شروط تحقق التواتر :

يؤخذ من تعريف التواتر انه يجب لتحقيقه توافر الشروط الاتية :

١- ان يتم اخذه عن طريق الحس كالسمع او المشاهدة .

---

١ . كان يقول الامام مالك في كتابه الموطأ (مثلاً) عن ابن شهاب عن سالم عن عبد الله عن ابيه عن رسول الله (ص)

انظر مقدمة ابن الصلاح (عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري) في علوم الحديث .

٢ . اي لا يدخل تحت الضبط ، ولا يشترط عدد معين كحد ادنى لتحقيق التواتر وانما المهم توفر العناصر المذكورة .

٣ . صحيح مسلم ٨٤٧/٥ ، جامع بيان العلم ٦٣ / ٧ ، سنن الدرمامي ١ / ١١٩ ، مسند احمد ٣ / ٢١ .

ب- وان يحيل العقل عادة تواطؤ رواته على الكذب لكثرتهم أو عدالتهم أو تباين طبائعهم واختلاف  
اماكنهم .

ج- وان يتوافر الشرط الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة التابعين ، وطبقة  
تابعي التابعين) . واشتهر تدوين السنة النبوية المطهرة فيما بعد ذلك .

## التواتر اللفظي والتواتر المعنوي (١) :

أ- **التواتر اللفظي** : هو ان يكون ما يرويه كل واحد من جماعة الرواة في كل عصر متفقا مع  
ما يرويه الاخرون منهم من اللفظ كما في الحديث المذكور .

ب- **التواتر المعنوي** : هو ان يروى الحديث بروايات مختلفة في الالفاظ والتعابير ومتفقة في  
معنى مشترك ، وهذا المعنى المشترك هو المتواتر المعنوي كما في حديث (انما الاعمال  
بالنيات) (٢) ، فانه نقل بروايات متعددة مختلفة في الالفاظ ومتفقة في المعنى .

## حكم الحديث المتواتر :

التواتر في الحديث وفي غيره من الاخبار يفيد العلم القطعي (اليقيني) لانه يجعل الامر المسموع  
كالمشاهد المعين فهو قطعي الثبوت كالقرآن ولكن دلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية .

٢- **الحديث المشهور** : هو ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم واحد او اثنان او عدد  
قليل من الصحابة لم يصل الى حد التواتر ثم استفاض بعد ذلك في عصر التابعين وتابعي  
التابعين بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب .  
والفرق بينه وبين المتواتر : ان المتواتر توافرت فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث  
(الصحابة والتابعين وتابعي التابعين) اما المشهور فلم يتوافر فيه التواتر في الطبقة الاولى .  
حكمه : انه يفي ظنا قريبا من اليقين يطلق عليه تعبير (الطمأنينة) ولذلك اعتبر في حكم

١ . هو ما تواتر القدر المشترك فيه .

٢ . اخرجه مسلم في كتاب الامارة ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣ / ٥٧ .

المتواتر من حيث وجوب العمل به ان كان قطعي الدلالة ويخصص به عموم القرآن ويقيد به مطلقه (١) . ويقدم على القياس عند التعارض .

### ٣- خبر الواحد (او الحديث الاحاد) : وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في

الطبقات الثلاث ، ومن الجدير بالاشارة ان معظم سنن النبي (ص) من هذا النوع الثالث .

حكمه : انه يوجب غلبة الظن فيج العمل به ما لم يقد دليل على عم صحته .

وهذا التقسيم الثلاثي للحديث المتصل هو اتجاه علماء الحنفية الاصوليين والفقهاء (٢) اما

الجمهور فقد اعتبروا المشهور قسما من حديث الاحاد واخذوا بالتقسيم الثنائي الى التواتر

والاحاد (٣) .

ومن جهة نظري ان الخلاف شكلي وانما هو في التسمية فقط لان الكل متفقون على ان

الحديث الذي اصح متواترا في القرنين الثاني والثالث اقوى من الحديث الذي استمر احادا

في القرون الثلاثة، وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في شروط العمل بخبر الواحد لكن

الكل متفقون على انه متى ثبتت صحته وجب العمل به وانما الخلاف فيما لم تثبت صحته .

---

١. قال ابو بكر الجصاص وجماعة من اصحاب ابي حنيفة انه مثل المتواتر يثبت به علم اليقين لكن بطريق

الاستدلال بان يقال : ان التابعين لما اجمعوا على قبوله والعمل به ثبت صدقه لانه لا يتصور عادة اتفاقهم على

القبول الا بجامع جمعهم عليه وليس ذلك الا تعيين جانب الصدق لهذا قالوا : العلم الثابت به علم استدلاي

وليس بدهيا ، الا انه لا يكفر جاحده ، كالمتواتر لان انكاره لا يؤدي الى تكذيب النبي حيث لم يسمع من

الرسول عدد لا يتصور تواطؤهم على الكذب بل هو خير الواحد في القرن الاول وانما يؤدي الى تخطئة من

قبلوه في القرن الثاني والثالث واتهامهم بعدم التأمل في كونه عن الرسول ، بخلاف انكار المتواتر فانه يؤدي

الى تكذيب الرسول لان المتواتر بمنزلة المسموع عنه ، وتكذيب الرسول كفر .

انظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري شرح الاصول لفخر الاسلام علي بن محمد البرزدي / ٢ / ٦٨٨ .

٢. قال علماء الحنفية في الموازنة بين هذه الانواع الثلاثة : المتواتر لا شبهة في اتصاله صورة ولا معنى ،

والمشهور في اتصاله بالنبي شبهة صورة لانه كان احاد الاصل لا معنى لان الامة تلقته بالقبول فافاد حكما

دون اليقين وفوق اصل الظن ، وخبر الواحد في اتصاله شبهة صورة ومعنى اما صورة فلانه لم يصل حد

التواتر في القرون الثلاثة الاولى ، واما معنى فلان الامة لم تتلقاه بالقبول فلم تجتمع على قبوله كما اجتمعت

على قبول النوعين الاولين فهو يحتمل الصدق والكذب لكن بسبب عدالة رواته يرجح صدقه ، لمزيد من التفصيل

راجع كشف الاسرار المرجع السابق / ٢ / ٦٨٨ التلويح مع التوضيح والتنقيح ، المرجع السابق / ٢ / ٢٤٢ .

٣. في شرح جمع الجوامع مع البناني (٢ / ٨٨) : (من خبر الاحاد : المستفيض ، وهو الشائع عن أصل وقد

يسمى مشهوراً وقيل من المتواتر وقيل أنه قسم برأسه وقال ابو اسحق الاسفرايني وابن فورك : يفيد

المستفيض علما نظريا وجعلناه واسطة بين المتواتر المفيد للعلم الضروري والاحاد المفيد للظن) .

## شروط الحنفية

يعتبر فقهاء الحنفية من المتشددين في شروط العمل بخبر الواحد بسبب ما حدث في عصرهم من ظهور الوضّاعين ومن اختلاق الحديث باسم النبي صلى الله عليه وسلم من قبل الدسّاسين، ولذلك لم يعملوا بخبر الواحد ما لم تتوافر فيه شروط حدّوها بمايلي:

١- أن لا يعمل الراوي بخلاف ما رواه، لأن مخالفة عمل الراوي لروايته ليس إلا لأنه عثر على دليل قطعي ناسخ لما رواه أو علم بوجود علة تمنع العمل به، ولهذا لم يعملوا بحديث عائشة (رض) «أَيَّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»<sup>(١)</sup> لأنها زوجت بنت أخيها حفصة بين عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غائباً بالشام بلا إذن وليها<sup>(٢)</sup>.

٢- وأن لا يكون خبر الواحد وارداً بصدد حكم قضية تتكرر يومياً وتمس حاجة الناس الى معرفة حكمها، لأنه إذا كان كذلك فالمفروض أن يكون متواتراً أو على الأقل مشهوراً ولا تبقى روايته حصراً في أفراد معدودين.

وبنوا على ذلك عدم عملهم بحديث خيار المجلس وهو ما رواه ابن عمر من ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا وَكَأَنَّ جَمِيعاً، أَوْ يُخَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرَكَ وَاحِدٌ

(١) أخرجه الأربعة إلا النسائي وصححه ابو عوانه وأبن حبان والحاكم، قال ابن كثير ومصححه يحيى بن معين وغيره من الحفاظ، سبل السلام ١٥٤/٣، أخرجه ابو داود في كتاب النكاح، باب الولي ٢٠٨٣. والترمذي في كتاب النكاح، لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣-٤٠٨ وأبن ماجه في سننه، كتاب النكاح ٦٠٥/١. وأحمد في مسنده ٤٧/٦.

(٢) أي أنه حديث خالفه راويه وكل ما كان كذلك لا يعمل به، أما الأول فلأن عائشة زوجت بنت أخيها بلا إذن وليها، وأما الثاني فلأن الراوي إذا خالف ما رواه فأما أن يكون مع علمه بالصحة أو لا، ففي الحالة الأولى يكون فاسقاً فلا تقبل روايته، وفي الحالة الثانية يكون تاركاً العمل به لعلمه بوجود علة تمنع العمل به، وعلى هذا الأساس كل حديث خالفه راويه لا يصح العمل به، ويناقد هذا الاستدلال بأنه يجوز ان يعمل بصحته ومخالفته لمعارض راجح عنده باجتهاده ولا يلزم تقليده فيه، ويأن الحديث إذا نقله راوٍ عادل يجب العمل به فلا يترك لوهم أن الراوي لم يترك العمل به إلا لعله تمنع العمل به. ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية القائم لم يشترط إذن الولي بالنسبة للبالغة العاقلة التي اكملت الثامنة عشرة من العمر متأثراً بفقهاء حنيفة (رح). ولم يشترط المشرع الاردني موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقل المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً. (المادة ١٣) من قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦.

منهُمَا الْبَيْعُ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ<sup>(١)</sup> وفي رواية حكيم بن حزام<sup>(٢)</sup> «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْقَرَقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّتْ بَرَكَةٌ بَيْعِهِمَا».

قالوا (أن هذا خبر واحد فيماتعم به البلوى، وكل خبر كذلك غير مقبول فهذا غير مقبول. وأثبتوا مقدمتي هذا القياس المنطقي فقالوا في المقدمة الأولى (أن البيوعات مما يتكرر مرات لا تحصى ومثل هذا تعم به البلوى بمعرفة حكمه أي تمس الحاجة الى معرفة حكمه، وفي المقدمة الثانية قالوا (أن العادة تقتضي أن ما عمت به البلوى يكون معلوماً عند الكافة، فأنفراد واحد أو عدد محدد به على خلاف العادة دليل على عدم صحته)<sup>(٣)</sup>.

٣- وأن لا يكون مخالفاً للقياس إذا كان الراوي غير فقيه. قالوا (الراوي أما معروف بالرواية أو مجهول) أي لم يعرف إلا بحديث أو حديثين:

أ- المعروف بالرواية إذا كان معروفاً بالفقه والاجتهاد كالخلفاء الراشدين والعبادلة<sup>(٤)</sup> يعمل بما يرويه من الحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم سواء وافق القياس أم خالفه، وإذا لم يكن معروفاً بالفقه كأبي هريرة وأنس بن مالك فإن حديثه أن وافق القياس قُبل وعمل به، وكذا أن وافق قياساً وخالف قياساً، أما أن خالف جميع الأقيسة فلا يعمل به، وجه هذا التفريق بين الفقيه وغير

(١) بأن يقول أحدهما للأخر أختَرِ إمضاء العقد، فإذا أختار وجب البيع أي لزم وألتزم فإن خير أحدهما الأخر فسكت لم ينقطع خيار السكوت. صحيح مسلم ١١٦٣/٣.

(٢) أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للعلامة ابن دقيق العيد مع حاشية العدة للأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني، المطبعة السلفية ٧/٤ وما بعدها

(٣) ويناقش الدليل المذكور بمنع المقدمتين معاً، أما الأولى فلأن البيع وإن كان ذاته مما تعم به البلوى لكن الحديث إنما ورد بشأن الفسخ وهو ليس مما تعم به البلوى في البياعات لأن الظاهر من الأقدام على البيع والشراء هو الرغبة في استمرار العقد وعدم فسخه، فمعرفة حكم الفسخ لا تكون عامة، وأما المقدمة الثانية فهي غير مسلمة أيضاً لأن المعتمد في الرواية هو عدالة الراوي وجزمه بالرواية، وقد تحقق ذلك في حديث خيار المجلس، وعدم نقله بالتواتر أو بالاستفاضة لا يدل على عدم صحته. لمزيد من التفاصيل راجع المرجع السابق ٩٠٨/٤. ولم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني القائم بخيار المجلس متأثراً بفقه أبي حنيفة وإمام مالك. وكذلك فعل المشرع الاردني، راجع المادة (٩٦) من القانون المدني الاردني.

(٤) عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير ومثلهم زيد بن ثابت ومعاذ بن جبل، وأبو موسى الأشعري وعائشة (رض). لمزيد من التفصيل راجع التوضيح والتنقيح والتلويح، المرجع السابق ٢/٢٥٠.



الفقيه هو أن نقل الحديث بالمعنى كان مستفيضاً لدى الرواة فإذا لم يكن الراوي فقيهاً لم يؤمن من أن يذهب شيء من معانيه فيدخله الشبهة، وهي غير موجودة في القياس<sup>(١)</sup> فيقدم القياس عليه في العمل.

ب- **المجهول بالراوية** من لم يشتهر بطول الصحبة مع الرسول صلى الله عليه وسلم وإنما عرف بما روى من حديث أو حديثين، فإن روى عنه السلف وشهدوا له بصحة الحديث فيعتبر بمثابة غير الفقيه المعروف بالراوية فيقبل حديثه<sup>(٢)</sup> أن وافق القياس، ولذلك قبل فقهاء الحنفية حديث معقل بن سنان الذي قال (أن رسول الله قضى بمهر المثل لامرأة -بروع بنت واشق- مات عنها زوجها قبل أن يحدد لها المهر وقبل أن يدخل بها)، فقالوا أن الراوي وإن كان مجهولاً غير فقيه إلا أن حديثه موافق للقياس أي قياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة

(١) قال التفنيزاني، التلويح ٢٥١/٢ (وفيه بحث أما أولاً فلائت الشبهة في القياس في أمور ستة: حكم الأصل، تعليقه، تعيين الوصف الذي به التعليل، وجود ذلك الوصف في الفرع، نفي المعارض في الأصل ونفيه في الفرع، أما ثانياً: فلأن الظاهر من حال عدول الصحابة نقل الحديث بلفظه لا بمعناه فلا شبهة، وأما ثالثاً: فلأنه نقل عن كبار الصحابة أنهم تركوا القياس لخبر راوٍ غير معروف بالفقه).

(٢) وأن رده الكل فهو منكر لا يعمل به كحديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى وقد طلقها زوجها ثلاثاً، فرده عمر وغيره من الصحابة، وقال عمر (لا تدع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري اصدقت أم كذبت، احفظت أم نسيت)، أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً، صحيح مسلم بشرح النووي/٤٣١. أراد عمر بالكتاب قوله تعالى (أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ)، سورة الطلاق(٦)، وأراد بالسنة قوله (سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال (للمطلقة الثلاث النّفقة والسكنى ما دامت في العدة)، وهو مذهب أبي حنيفة، وبه أخذ المشرع العراقي في م ٥٠ من قانون الاحوال الشخصية القائم. وذكر المشرع الاردني في المادة (٧٩) احوال شخصية: (تجب على الزوج نفقة معدته من طلاق او تفريق او فسخ)، هكذا دون تقييد الطلاق بكونه رجعيًا، وهذا يعني شموله المطلقة ثلاثاً بالنفقة. اما مقدار هذه النفقة فهو كمقدار نفقة الزوجة (م ٨٠) من القانون المذكور.

في كل منهما<sup>(١)</sup>.

٤- وأن لا يعارض دليلاً أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور، وبينوا على هذا الشرط عدم عملهم بحديث المصراة وهو ما رواه أبو هريرة من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا تَصْرُوا<sup>(٢)</sup> الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين<sup>(٣)</sup> بعد أن يحلبها إن رضىها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر)<sup>(٤)</sup>. فقال الحنفية في تبرير ترك عملهم بهذا الحديث (أنه مخالف للقرآن وللحديث المشهور وللإجماع والقياس والمعقول) كالاتي:

(١) خلاصة القضية: سئل أبو مسعود (رض) عن تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً ولم يدخل بها حتى مات عنها، فلم يجب شهراً وكان السائل يتردد إليه، ثم قال بعد شهر: اجتهد فيه برأى، فإن يكن صواباً فمن الله وأن يك خطأ فمن ابن أم عبد. وفي رواية فمني ومن الشيطان أرى مهر مثلها لا وكس ولا شطط (أي لا نقص ولا مجاوزة حد)، فقام معقل بن سنان الأشجعي وأبو الجراح صاحب راية الأشجعيين وقال (نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية، بمثل قضائك)، وقد كان هلال بن مرة مات عنها من غير قبض مهر ودخول، فسرّ ابن مسعود بذلك سروراً لم يسر مثله بعد إسلامه لما وافق قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، وردّه علي بن أبي طالب (رض) فقال (ما نضع بقول اعرابي بوال على عقبه). وإنما ردّه لمخالفته لقياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول، والعمل بالقياس والرأي أولى من العمل بحديث الراوي المجهول. واخذ بهذا الحديث فقهاء الحنفية لأنه موافق لقياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة، ولم يعمل به الشافعي لمخالفته للقياس المذكور (أي قياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول) لأن المهر لا يجب إلا بالفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه (أي التمتع بالزوجة بالدخول) فإذا عاد المعقود عليه سالماً لم يستوجب العوض عليه (مهر المثل) كما لو طلقها قبل الدخول بها، لمزيد من التفصيل راجع كشف الأسرار مع أصول البيزدوي، المرجع السابق ٧٠٥/٢ وما بعدها. والتوضيح شرح التنقيح مع التلويح، المرجع السابق ٢٥١/٢ وما بعدها.

(٢) التصرية لغة الجمع، يقال: صريت الماء أي جمعته، والمراد بها في هذا الحديث جمع اللبن في الضرع بالشد وترك الحلب مدة ليتخيل المشتري أنها غزيرة اللبن فيزيد من ثمنها لما يرى من كثرة لبنها، كذلك المراد بالتحفيل هذا المعنى في رواية من اشترى شاة محفلة.

(٣) بخير النظرين (أي بأحد النظرين): نظرة لنفسه بالاختيار والأمسك ونظرة للبائع بالردّ والفسخ.

(٤) متفق عليه، وللبخاري وأبي داود (من اشترى غنماً مصراة فاحلبها فإن رضىها أمسكها وإن سخطها فقي حليتها صاع من تمر)، نيل الأوطار شرح منقّى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن علي محمد الشوكاني ٢٤١/٥ وما بعدها. وفي صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ورد هذا الحديث بروايات مختلفة منها قوله صلى الله عليه وسلم (من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها وردّ معها صاعاً من تمر).

أ- **مخالف للقرآن:** لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل وفقاً لقوله تعالى (فَمَنْ  
اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)<sup>(١)</sup> ، فاللبن إذا اعتبر مثلياً لا  
يكون التمر مثلاً له.

ب- **مخالف للحديث المشهور:** لأن الضمان في القيمي مقدر بالقيمة وفقاً لقول  
الرسول صلى الله عليه وسلم (من أعتق شقصاً<sup>(٢)</sup> له في عبد قومٍ عليه نصيب  
شريكه إن كان مؤسراً)<sup>(٣)</sup> ، واللبن إذا كان قيمياً، فصاع التمر ليس قيمة له لأن  
القيمة تزيد وتنقص في ضوء زيادة ونقص المال القيمي الذي اتلف، في حين أن  
مقدار التمر ثابت محدد بصاع في جميع الأحوال. وكذلك مخالف للحديث  
المشهور (الخراج بالضمان)<sup>(٤)</sup> الذي يقضي بأن تكون الغلة الناتجة من العين  
ملكاً لمن ضمن العين إذا هلكت، فالعين المصراة لو هلكت بعد القبض هلكت  
على المشتري، ومقتضى ذلك ان اللبن ملكه. فاللبن الذي بعد الشراء والقبض لا  
يكون مضموناً على المشتري، لأنه فرع ملكه الصحيح فلا يضمن لعدم توفر  
التعدي، ولا يضمن بالعقد لأن ضمان العقد ينتهي بالقبض، ولذلك لا يضمن  
اللبن الذي حدث بعد القبض بإجماع الفقهاء، وكذلك لا يضمن اللبن الذي كان  
موجوداً حين إنشاء العقد ثم حلب بعد القبض لأنه باطن كالحبل فهو لا يندرج  
في العقد بل بمنزلة الحادث بعد القبض كالكسب، وإذا أعتبرناه جزءاً من المبيع  
فينبغي ان يسقط من البائع حصته من الثمن كما لو اشترى شيئين ثم رد  
أحدهما.

ج- **مخالف للإجماع** لأن الأجماع أنعقد على وجوب المثل او القيمة عند فوات العين  
وتعذر الرد، فالتمر ليس مثل اللبن ولا قيمة له<sup>(٥)</sup> ، فالأول واضح أما الثاني فلأن

(١) سورة البقرة ١٩٤.

(٢) الشقص: النصيب، السهم، الشقيص الشريك.

(٣) في رواية ابن عمر (رض) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (مَنْ أَعْتَقَ شَرْكَاءً لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ  
مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ عَدْلٌ، فَأَعْطَى شَرْكَاءَهُ حَصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ  
مِنْهُ مَا عَتَقَ)، متفق عليه، أخرجه الإمام احمد في مسنده ٣٧/٤ فتح الباري، كتاب العتق، باب إذا  
أعتق عبداً بين اثنين ١٨٩/٥ وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب العتق ٣٨٩/١٠.

(٥) أخرجه الترمذي. كتاب البيوع ٥٨٢/٣. وهذا الحديث اصبح قاعدة عامة فقهية نصت عليها م ٨٥ من  
مجلة الأحكام العدلية.

(٦) كشف الأسرار مع البزدوي المرجع السابق ٧٠١/٢ وما بعدها.

القيمة تختلف باختلاف مقدار المال المتلف، وهنا ليس كذلك.

د- مخالف لقياس الأصول من الأوجه الآتية:

**أولاً:** أن ضمان المثليات بالمثل وضمنان القيميات بالقيمة، فاللبن ان كان مثلياً فضمانه بمثله وان كان قيمياً فضمانه بمثل قيمته، وضمنان الصاع من التمر خارج عن الأصلين.

**ثانياً:** أن الضمان يكون مقدراً بقدر المتلف قلّة وكثرةً، وهذا مقدر بمقدار صاع في جميع الأحوال.

**ثالثاً:** أن ما اتلف من اللبن ان كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك مانع من الرد كما لو ذهب بعض اجزاء المبيع ثم ظهر عيب فأنه يمتنع الرد، وإن كان حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه، وكذلك الاختلاط يمنع الرد.

**رابعاً:** الحديث أثبت الرد في غير عيب ولا شرط لأن نقصان اللبن لو كان عيباً لثبت به الرد من غير تصرية، ولا يثبت الرد في الشرع إلا بعيب أو شرط<sup>(١)</sup>.

## تقويم رأي الحنفية من حديث المصراة

أن الادلة المذكورة التي احتج بها بعض الفقهاء الحنفية على تبرير موقفهم من هذا الحديث وترك العمل به كلها غير مسلمة، لأنها مبنية على أساس موهوم وهو اعتبار صاع التمر الوارد في الحديث تعويضاً لما استهلكه المشتري من اللبن في حين أن هذا الحديث أصل من أصول الشريعة وقاعدة من قواعدها العامة اخذت بها القوانين الوضعية بضمنها القانون المدني العراقي القائم(م)١٢١-١٢٣).

**ومفادها** أن التفرير (أو التدليس) الذي هو عبارة عن استعمال الطرق الاحتمالية من احد المتعاقدين<sup>(٢)</sup> لتضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في الغلط أو لإبقائه في الغلط الذي وقع فيه تلقائياً يجعل إرادة المصلل الواقع في الغلط

(١) انظر حاشية المرجاني على التوضيح شرح التفتيح ٧٤/٣ وما بعدها.

(٢) وكذلك الحكم إذا صدرت هذه الطرق التضليلية من شخص ثالث وكان المتعاقد المستفيد يعلم بها أو كان بأستطاعته ان يعلم بها. وهو ما أخذ به المشرع الاردني في المادة (١٤٨) من القانون المدني الاردني.

معيبة وبالتالي يكون له حق الفسخ إذا ترتب على هذا التغير غبن فاحش فحكم العقد انه غير لازم عند جمهور فقهاء المسلمين وبه أخذ المشرع الاردني في المادة (١٤٥) من القانون المدني الاردني، وأما المشرع العراقي فقد اعتبر العقد موقوفاً على اجازة المغبون. فإذا فسخ العقد على هذا الأساس فلا يكون مسؤولاً عن تعويض اللب الذي استهلكه في وقت كان المبيع في ضمانه وذلك أخذاً بالقاعدة الشرعية الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (الْخَرَجُ بِالْضَمَانِ).

وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بدفع صاع من التمر عند رد المبيع مبني على أساس المحاباة والمجاملة وحسن التعامل<sup>(١)</sup> وإضافة الى ذلك فإن الحديث متى ثبت صار أصلاً من الأصول ولا يحتاج الى عرضه على أصل آخر لأنه أن وافقه فذاك واضح وأن خالفه لم يجز رد أحدهما لأنه رد للحديث بالقياس وهو مردود بالإجماع فإن السنة مقدمة على القياس.

### شروط المالكية للعمل بحديث الأحاد

قال المالكية: يشترط للعمل بخبر الواحد أن لا يتعارض مع عمل أهل المدينة لأن أهل المدينة عاصروا التنزيل وشاهدوا أعمال الرسول صلى الله عليه وسلم وأعمالهم بمثابة الخبر المتواتر ولذلك يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد إذا تعارضاً وبينوا على ذلك عدم عملهم بخيار المجلس الثابت في الحديث المذكور من راويتي ابن عمر وحكيم بن حزام<sup>(٢)</sup>، فقال الإمام مالك (رح)

(١) ويدل على ما قلنا معارضة بعض فقهاء الحنفية للقول بعدم العمل بهذا الحديث وقد ورد في كشف الاسرار، المرجع السابق ٧٠٣/٢ (النقل عن أبي يوسف في بعض أماليه انه أخذ بحديث المصراة وأثبت الخيار للمشتري، وثبت عن أبي حنيفة (رح) انه قال (ما جاعنا عن الله وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الرأس والعين)، وكذلك لم ينقل عن السلف اشتراط الفقه في الراوي، ولكل ذلك يترجح ان هذا القول مستحدث غير قمين بالأخذ به.

(٢) وهو حديث (إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما في الخيار ما لم يتفرقا) مع رواية حكيم بن حزام (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) سبق تخريجهما.

(أنه حديث معارض لإجماع<sup>(١)</sup> أهل المدينة وعملهم وما كان كذلك يقدم عليه عمل أهل المدينة)، ورغم أن الإمام مالك هو راوي الحديث إلا أنه قال عقب روايته (وليس لهذا عندنا حدّ معلوم ولا أمر معمول به فيه)، والمدينة مهبط الوحي ووفاء الرسول بين أظهر أهل المدينة وهم يعرفون الناسخ والمنسوخ، مخالفتهم لبعض الأحاديث، ومنها هذا الحديث تقتضي علمهم بناسخ أو دليل راجح<sup>(٢)</sup>.

---

(١) لا يصح الإستدلال بعدم توافر إجماع أهل المدينة في هذه المسألة لأنه أن أريد الإجماع السابق على عهد الإمام مالك فأنه باطل لأن ابن عمر وهو من كبار فقهاء المدينة قال بخيار المجلس وأن أريد إجماع لاحق فهو أيضاً باطل لأن ابن أبي ذئب كان من كبار الفقهاء المعاصرين للإمام مالك قد انتقد مالكاً بشدة حين سمع أنه لا يعمل بهذا الحديث، ثم كيف يقدم إجماع أهل المدينة على خبر الواحد مع أن عملهم ليس بحجة الا في المسائل الاجتهادية؟

(٢) لمزيد من التفصيل راجع العدة للصنعاني على احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع السابق ٥/٤ وما بعدها.

## شروط الشافعية والحنابلة

لم يشترط فقهاء الشافعية والحنابلة شيئاً في العمل بحديث الآحاد سوى صحة السند وأتصالة بالنبي صلى الله عليه وسلم فإذا صح السند والاتصال وجب العمل به.

### شروط الشيعة الإمامية

قال العاملي<sup>(١)</sup> (أجمع أصحاب المعصومين -ع- على العمل برواية الآحاد ونقلها الى الغير ولم يمنعهم عن ذلك المعصوم)، واستدلوا على حجية الخبر الواحد بأدلة معظمها تتفق مع أدلة الجمهور التي سبق ذكرها<sup>(٢)</sup>، لكنهم يختلفون مع الجمهور في الأمور الآتية:

أ- الحديث عندهم لا يقتصر على ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم بل هو ما صدر عنه أو عن الإمام المعصوم، لذا عرفوا السنة بأنها قول المعصوم أو فعله أو تقريره<sup>(٣)</sup>.

ب- يشترط عندهم للعمل بحديث الآحاد توفر الشرطين التاليين:

١- التعدد فيشترط للعمل بحديث الآحاد أن يرويه أكثر من واحد على أساس أن هذا هو قول علي بن أبي طالب (رض).

٢- أن يكون راويه من الطائفة المحقة<sup>(٤)</sup> فهم لا يعملون إلا بالأحاديث المروية عن الأئمة من آل البيت<sup>(٥)</sup>. وبنوا على ذلك اسقاط رواية غيرهم بل وترك العمل بالأحاديث المشهورة ومنها:

**أولاً:** الأحاديث المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم والناسخة لحكم المتعة وهم يقولون بجواز زواج المتعة الى يوم القيامة ويستشهدون بقوله تعالى: (فَمَا

(١) شرح معالم الدين في الأصول، للشيخ حسن بن زيد الدين العاملي، ص ٢٤٠.

(٢) وهي الكتاب والسنة والإجماع والعقل

(٣) وهم يقولون (آل البيت ليسوا رواة عن النبي صلى الله عليه وسلم والمحدثين عنه وإنما هم المنصوبون من الله تعالى على لسان النبي لتبليغ الأحكام الواقعية) يراجع أصول الفقه للشيخ المظفر ٦١/٣.

(٤) الطائفة المحقة في تفسيرهم هي الأئمة الاثني عشرية كما ذكر ذلك الطوسي في كتابه عدة الأصول، ص ٣١ وما بعدها.

(٥) ومعظم الإمامية على انه لا تقبل رواية غير الأمامي، قال أبو المعالي (لو كان بعض رجال السنة غير أمامي مصرحاً بالتوثيق أو مصرحاً بالمدح لا بد من كون الباقي أمامياً موثقاً)، راجع رسائل أبي المعالي، الرسالة التاسعة، طبعة حجر، ص ٩.

اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ<sup>(١)</sup>، وقال الطوسي (وبه قال علي على ما رواه أصحابنا، وأما ما روي من الأخبار في تحريمها فكلها أخبار آحاد وفيها مع ذلك اضطراب)<sup>(٢)</sup>، وتحريم المتعة ثابت عند جمهور الفقهاء بأحاديث ثابتة<sup>(٣)</sup> والآية التي استدللت بها الإمامية محمولة عند الجمهور على الزواج المعروف الأعتيادي لورودها في سياق الكلام على الزواج بالعقد المعروف بعد ذكر محرمات الزواج.

**ثانياً:** حديث (لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها)<sup>(٤)</sup>، وقالوا هذا الحديث غير صحيح لأنه ليس مروياً عن طريق آل البيت من الأئمة المعصومين ولهذا يجوز عندهم الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها. لكن لا تزوج بنت الأخت على خالتها إلا بإذنها، وتزوج الخالة على بنت الأخت بغير إذنها وكذلك الحال في العمة وبنت الأخ<sup>(٥)</sup>.  
ويتفق معهم الخوارج في عدم العمل بالحديث المذكور<sup>(٦)</sup>، والمعروف من الخوارج أنهم لم يعملوا إلا بالأحاديث التي تروى عن طريق أئمتهم.

(١) سورة النساء ٢٤.

(٢) الخلاف للطوسي ١٨٠/٢.

(٣) ومنها ما روى عن سلمة بن الأكرع (رض) من أنه قال: رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام أوطاس (وادي بديار هوازن) ثلاثة أيام ثم نهى عنها، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٠/٩ وما بعدها، يقول الإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام ١٦٤/٣ في شرح هذا الحديث (وقد روي نسخها بعد الترخيص في ستة مواطن: الأول في خيبر والثاني في عمرة القضاء، والثالث عام الفتح والرابع عام أوطاس، والخامس في غزوة تبوك، والسادس في حجة الوداع، وعن علي (رض) قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خيبر)، ولفظه في البخاري. إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة وعن الحمر الأهلية زمن خيبر.

(٤) عمدة القاريء شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين محمود بن أحمد العيني ١٠٧/٢، أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة مع عمتها، فتح الباري ١٩٩/٩، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠١/٩.

(٥) أي لا تزوج بنت الأخ على عمتها إلا بإذنها وتزوج العمة على بنت الأخ بدون إذنها.

(٦) في كتاب الخلاف للطوسي ١٦٠/٢ (يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت الخالة أو العمة بذلك، وعند جميع الفقهاء أنه لا يجوز ذلك، أعني الجمع بينهما ولا تأثير لرضاهما وذهبت الخوارج إلى أن ذلك جائز على كل حال).



## شروط الظاهرية

يتفق فقهاء الظاهرية مع الشافعية والحنابلة في العمل بخبر الواحد بل ذهبوا الى اكثر من ذلك فقال ابن حزم الظاهري (فالعامل بجميع احاديث الرسول واجب لأن الأصل وجوب العمل بالسنن حتى يصح فيها البطلان أو النسخ، وإلا فهي على البراءة من النسخ والكذب ومن الوهم حتى يصح في الخبر شيء من ذلك فيترك) (١).

### دور السنة النبوية في الشريعة الاسلامية : (٢)

قد يتساءل المرء عن دور السنة النبوية في الشريعة الاسلامية بعد ان قال سبحانه وتعالى : (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً) (٣) ويجيب القرآن الكريم على هذا السؤال في قوله تعالى (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم) (٤) .

وبموجب هذا التخويل تكفلت السنة النبوية ببيان احكام القرآن الذي هو دستور اقتصر على القواعد الكلية والاسس العامة وتخطيط خارطة منهج الحياة ، ويتجلى البيان في تخصيص عام عمومه غير مراد ، وتقيد مطلق اطلاقه غير مقصود ، وايضاح مجمل مضمونه غير واضح ، وتأكيد احكام لها اهمية كبيرة في الحياة ، وازافة احكام لم يرد ذكرها في القرآن صراحة كالاتي :

**اولاً :** تخصيص نص عام لم يكن عمومه مراداً كما في قوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً) (٥) . فصيغتا (الرجال والنساء) من صيغ العموم لتحليهما ب (أل) الاستغراق تشملان كل ذكر وانثى من (الأبوين والاقارب) غير ان هذا الشمول غير مقصود ، لذا بينه الرسول (ص) بالتخصيص وتحديد من هو غير مشمول لهذا الحكم فقال : (لا يتوارث اهل ملتين) (٦) (ولا يرث القاتل) (٧) .

١ . الاحكام في اصول الاحكام للحافظ ابي محمد علي بن حزم الظاهري/١٠٨/١ .

٢ . قال ابو حنيفة : لولا السنة لما فهم احد منا القرآن .

وقال الامام مالك : اتبعوا ما انزل اليكم من ريبكم وما جاء عن نبيكم .

وقال الشافعي : اذا صح الحديث فهو مذهبي .

وقال احمد : لا تقلدني ولا تقلد مالكا ولا الاوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم وخذ الاحكام من حيث اخذوا ، مصطلح الحديث للقاسمي (محمد جمال الدين الدمشقي ص ٥٤) .

٣ . سورة المائدة / ٣ .

٤ . سورة النحل / ٤٤ .

٥ . سورة النساء / ٧ .

٦ . اختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، ولكن ليس مانع للوصية ، وفي رواية (لا توارث بين اهل ملتين) والمعنى واحد ، سبل السلام ١٢٩/٣ .

٧ . اخبره الترمذي في سننه ، كتاب الفرائض / ٤ / ٣٧٠ ، وابن ماجه ٢ / ٨٨٣ وفي رواية : (ليس لقاتل شيء) وعليها يشمل الوارث القاتل والموصى له القاتل . وقد اقتصر الرسول صلى الله عليه وسلم على ما دعت اليه الحاجة وما لا يعرف

باجتهاد العلماء وترك ما عدا ذلك لاجتهاد المجتهدين .

**ثانياً :** تقييد مطلق لم يكن اطلاقه مقصودا كما في قوله تعالى : ( كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ) (١) اي ترك مالا كثيرا لان المال لا يسمى خيراً الا اذا كان كثيراً فلفظة ( الوصية ) مطلقة شاملة للايصاء بكل التركة او ببعضها مع ان هذا الشمول غير مقصود لانه يضر بالورثة لذا بينه الرسول (ص) بتقييد الوصية بما لا يزيد عن ثلث التركة فقال لسعد بن ابي وقاص ( الثلث والثلث كثير ) (٢) .

**ثالثاً :** ايضاح النصوص المجملة التي هي صغيرة في الحجم وكبيرة في المضمون كما في قوله تعالى : ( واقموا الصلاة واتوا الزكاة ) (٣) .

فالصلاة عبادة مفروضة على الانسان لها اركانها وشروطها وسننها منها قولية ومنها فعلية لا يستطيع العقل استنباطها من جملة ( اقيموا الصلاة ) ، لذا بينها الرسول (ص) باقامة الصلاة امام اصحابه كاملة مستوفية اركانها وشروطها وادابها ثم قال : ( صلوا كما رأيتموني اصلي ) (٤) .

كذلك بين لأمته الاموال التي تخضع للزكاة والمقدار الذي تجب فيه ، والكمية التي تخرج من هذه الاموال للمستحقين .

**رابعاً :** اكد الرسول في سننه الاحكام التي لها اهمية كبيرة في حياة الانسان كتأكيد حرمة التجاوز على اموال الغير في قوله ( لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه ) (٥) بعد ان قال سبحانه وتعالى : ( ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ) (٦) .

١. سورة البقرة / ١٨٠ .
٢. عن سعد بن ابي وقاص قال : ( قلت يا رسول الله انا ذو مال - وفي رواية انا كثير مال - ولا يرثني الا ابنة لي واحدة افاتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا ، قلت : افاتصدق بشطرة (نصفه) ؟ قال : لا ، قلت : افاتصدق بثلثه ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير انك ان تتر وراثتك اغنيا خير من ان ترهم عالة يتكفون الناس) متفق عليه ، اخرج البخاري في كتاب الوصايا ، فتح الباري ٥ / ٢٤٦٤ ، والنسائي ، باب الوصية بالثلث ٦ / ٢٤١ ، وانظر سبل السلام ٣ / ١٣٦ .
٣. سورة البقرة / ١١٠ .
٤. رواه مسلم ٦٧٤ .
٥. سبل السلام ٤ / ٣٢ ، وهناك روايات اخرى منها : في سنن الدارقطني (٢٦/٣) لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب منه» وفي المستدرک للحاكم (٩٢/١) : «لا يحل لامرئ من مال اخيه الا ما اعطاه عن طيب نفس» .
٦. سورة البقرة ١٨٨ .

**خامساً :** ذكر الرسول (ص) في سننه احكاما لم يرد ذكرها في القرآن صراحة وهي مطلوبة من الانسان ومنها ما يلي :

أ- حرم القرآن في الزواج الجمع بين الاختين لما فيه من قطع صلة الرحم فقال (وان تجمعوا بين الاختين) (١) اي حرم عليكم ان تجمعوا بين الاختين في الزواج وفي وقت واحد ، ولنفس الحكمة ذكر الرسول (ص) ما دل عليه القرآن ضمناً وهو قوله «لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها» (٢) .

ب- بين القرآن الكريم في آيات الميراث نصيب أصحاب الفروض وبعض العصابات وسكت عن بعض وذكرهم الرسول في قوله (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر) (٣) اي لا قرب ذكر من الورثة كأن الاخ الشقيق ، وابن الاخ من الاب ، والعم الشقيق وابنه والعم من الاب وابنه .

ج- ذكر القرآن تحريم الام والاخت بالرضاعة فقال : (وامهاتكم اللاتي اوضعنكم واخواتكم من الرضاعة) (٤) ، فسكت عن بقية المحرمات بالرضاع فقال الرسول (ص) : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٥) .

د- ذكر القرآن شهادة رجلين او رجل وامرأتين باعتبارها من وسائل الاثبات في الحقوق المالية فقال : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ... الآية) (٦) ، وسكت عن شاهد ويمين ففضى بهما الرسول (ص) (٧) .

---

١ . سورة النساء ٢٣ .

٢ . متفق عليه سبق تخريجه ، وانظر : سبل السلام : ١٦٢/٣ .

٣ . أخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ٥٧ .

٤ . سورة النساء ٢٣ .

٥ . أخرجه الامام أحمد ٦ / ١٠٢ ، ومسلم بلفظ (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة) باب الرضاع ، صحيح

مسلم بشرح النووي ١٠ / ٢٧١ .

٦ . سورة البقرة ٢٨٢ .

٧ . أخرجه مسلم ، كتاب الاقضية باب القضاء باليمين والشاهد ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٢ / ٢٤٤ ومن

الضروري ان يفهم مراد كلام الرسول صلى الله عليه وسلم من غير غلو ولا تقصير ، فلا يحمل كلامه ما لا يحتمله ظاهراً ولا يقصر به عن مراده .

ومن الناس من زعم ان من وظائف السنة نسخ القرآن لبعض الايات وهذا لا يصح لان القرآن قطعي الثبوت بخلاف السنة فلا تكون قطعية الا اذا كانت متواترة ، وفي حالة التواتر القرآن لفظه ومعناه من الله والسنة لفظها من النبي والناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ والقول بان اية الوصية نسخت بحديث (ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) غير مصيب يظننا فهذه الاية لم تنسخ لا بآيات الميراث ولا بالسنة وانما خصصت فاخرج الوارث وبقي غيره مشمولاً بالوصية الواجبة .

### اشهر مجاميع الحديث النبوي

لتمييز الحديث الصحيح من غيره هناك مراجع ومجاميع معتمدة على كل باحث ان يراجعها حين الإستدلال بالحديث في بحثه.

ومن الخطأ الشائع لدى كثير من الباحثين في العلوم الشرعية الإشارة بعد ذكر الحديث الى الكتب الفقهية أو الى المؤلفات الحديثة وهذا عيب كبير يقلل من قيمة البحث ولكل من الجمهور والشيعية الإمامية مراجع معتمدة.

### أ- المراجع عند الجمهور:

هناك مراجع معتمدة كثيرة للحديث الشريف عند الجمهور ومنها:

- ١- الجامع الصحيح لمحمد بن إسماعيل البخاري<sup>(١)</sup>.
- ٢- صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري<sup>(٢)</sup>.
- ٣- سنن ابن ماجه<sup>(٣)</sup>.
- ٤- سنن أبي داود<sup>(٤)</sup>.

- (١) هو عبد الله بن محمد بن اسماعيل بن ابراهيم، (١٤٩-٢٥٦هـ)، وقد بلغت الأحاديث التي اعتمدها البخاري (٧٢٩٧) حديثاً بالأحاديث المكررة، وأما الأحاديث التي لم تتكرر فكان عددها (٢٦٠٢) حديثاً.
- (٢) (٢٠٤-٢٦١هـ) مجموع ما اشتمل عليه مع المكرر (٧٢٧٥) حديثاً و (٤٠٠٠) من الأحاديث الصحيحة غير المكررة، وهذا المرجع يأتي من الدرجة الثانية من حيث الصحة بعد صحيح البخاري.
- (٣) هو ابو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، (٢٠٧-٢٧٣هـ) وقد رتب سننه على ابواب الفقه الإسلامي.
- (٤) هو سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأسدي، (٢٠٢-٢٧٥هـ) وقد اختار احاديثه من خمسمائة الف حديث وبلغت احاديث السنن (٤٨٠٠) حديثاً وجميعها أحاديث الأحكام، ويعتبر أئمة السنة بعد البخاري.

٥- جامع الترمذي<sup>(١)</sup>.

٦- سن النسائي<sup>(٢)</sup>.

ب- المراجع عند الإمامية:

أهم المراجع المعتمدة عند الإمامية مايلي:

١- الكافي للكليني<sup>(٣)</sup>.

٢- من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر<sup>(٤)</sup>.

٣- الإستبصار للطوسي<sup>(٥)</sup>.

٤- التهذيب للطوسي.

(١) هو ابو عيسى محمد بن عيسى الترمذي. (٢٠٩-٢٧٩هـ) وقد الف جامعه حسب ابواب الفقه الإسلامي وميز فيه بين الحديث الصحيح والحسن والضعيف مع بيان سبب ضعف ما اعتبره ضعيفاً من الحديث.

(٢) هو ابو عبدالرحمن بن شعيب الخراساني، (٢١٥-٣٠٣هـ) صنف كتابه (السنن الصغرى) وسماه المجتبى، وكل ما فيه صحيح عند النسائي، ولزيد من التفصيل راجع كتاب السنة قبل التدوين للأستاذ محمد عجاج الخطيب وكتاب مباحث في تدوين السنة المطهرة للأستاذ ابو اليقظان عطية الجبوري.

(٣) هو ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، (ت ٣٢٨هـ)، اخرج فيه (١٦٩٠٩) حديثاً وهو مقسم الى ثمانية اجزاء، الأول اربعة كتب والثاني اربعة والثالث خمسة والرابع كتابان والخامس ثلاثة والسادس تسعة والسابع سبعة والثامن ليس فيه كتب مختلفة.

(٤) هو محمد بن علي بن الحسين، (ت ٣٨١هـ)، المعروف بالصدوق ابن بابويه واحاديث هذا الكتاب (٩٠٤٤) حديثاً.

(٥) هو ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي، (ت ٤١١هـ) شيخ الطائفة، وقد قال في كتابه (عدة الأصول): أن احاديث التهذيب واخباره تزيد على خمسة الاف، وقال في كتابه (الاستبصار): اني جزأت هذا الكتاب ثلاثة اجزاء، الأول والثاني يشتملان على ما يتعلق بالعبادات، والثالث يتعلق بالمعاملات، لمزيد من التفصيل راجع معجم رجال الحديث ابي القاسم الموسوي الخوئي، وقال في هذا المعجم/١١٠ (لم تثبت صحة روايات الكتب الأربعة، فلا بد من النظر في سند كل رواية منها، فإن توفرت فيها شروط الحجية أخذ به وإلا فلا).

# الفصل الثاني

## المصادر التبعية النقلية المتفق عليه

المصادر التبعية النقلية المتفق عليها عبارة عن الاجماع والعرف ونخصص لدراسة كل منهما مبحثاً مستقلاً .

### المبحث الاول

### الاجماع

تعريفه ، اساسه ، شروطه ، انواعه ، حجيته ، امكان انعقاده ، انقضاؤه .  
تعريفه : لغة واصطلاحاً :

في اللغة : هو العزم (١) والاتفاق (٢) .

وفي اصطلاح اهل الشرع : اتفاق (٣) جميع المجتهدين من أمة محمد بعد وفاته في عصر من العصور (٤) على حكم اجتهادي شرعي لسند .  
اساسه : اساس الاجماع هو مبدأ الشورى وهو من الامور الاساسية فيه .

### شروطه :

يؤخذ من هذا التعريف ان انعقاد الاجماع بالمفهوم الاصولي يتوقف على الشروط الستة التالية :  
اهلية الاجتهاد ، وكون المجتهد من امة محمد ، والاتفاق التام صراحة او ضمناً ، كون الاتفاق بعد وفاة الرسول ، وكون محل الاتفاق حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد ، وتعزيز الاتفاق بسند شرعي .

- 
١. ورد بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى : (فاجمعوا امركم) سورة يونس / ٧١ اي اعزموا عليه ، وفي الحديث الشريف (لا صيام لمن لم يجمع الصيام في الليل) اي لم يعزم ولم ينو في الليل الصيام .
  ٢. يقال لجمع القوم على كذا اي اتفقوا عليه ، كشف الاسرار ، المرجع السابق ٩٤٦/٣ ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول للشوكاني (محمد بن علي بن محمد) : ص ٧١ .
  ٣. الاتفاق : الاشتراك في الاعتقاد او القول او الفعل ، التوضيح : ٢٢٦/٢ .
  ٤. ليس المراد مجتهدي الامة في جميع العصور ، لان هذا توهم باطل يؤدي الى عم انعقاد الاجماع .

## الشرط الاول : اهلية الاجتهاد :

الاجتهاد في اصطلاح اهل الشرع إستفراغ الفقيه وسعه لتحصيل الظن بحكم شرعي (١) ولاهلية الاجتهاد شروط خاصة تأتي في محلها باذن الله . والمهم في هذا المقام هو التمييز بين ما يتطلب اهلية الاجتهاد وما لا يتطلب كالاتي :

أ- اذا كان الامر يتعلق بنقل خبر او حكم شرعي ثابت بنص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة فلا يشترط في الناقلين اهلية الاجتهاد كالاجماع على وجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج ، وكالاجماع على حرمة القتل والسرقة والزنا .... وكالاجماع على ان سيدنا محمداً صلى الله عليه وسلم كان رسولاً انزل عليه القرآن وهاجر من مكة الى المدينة وان الايات القرآنية منها مكية ومنها مدنية الى غير ذلك من الاحكام الشرعية العملية او الاعتقادية الثابتة بالبداهة (٢) ووجه عدم اشتراط الاهلية فيما ذكرناه هو ان المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً وبالتالي ليس اجماعاً بالمفهوم الاصلي .

ب- اذا كان لصنع قرار موحد بشأن مسألة دنيوية كالمواضيع التي تطرح للمناقشة في المجالس النيابية والبرلمانية والوطنية والمنظمات الدولية ... وكاستشارة رئيس الدولة المختصين في القضايا المتعلقة بالمصالح العليا في البلد ... فان المجمعين والمستشارين واعضاء هذه المجالس لا يشترط فيهم توفر اهلية الاجتهاد وانما يشترط الاختصاص والخبرة في الموضوع المطروح للمناقشة لان الموضوع يحتاج الى الخبرة الدنيوية دون الخبرة الفقهية .

يقول الشوكاني (٣) : (الاجماع المعتبر في فنون العلم هو اجماع أهل ذلك الفن العارفين به دون

١. التعريفات للرجزاني (الشريف علي بن محمد) ص ١٠٠ .
  ٢. في اصول البيروني مع الكشف (٩٥٩/٣) : (فأما صفة الاجتهاد فشرط في حال دون حال ، اما في اصول الدين المهدة مثل نقل القرآن ، ومثل امهات الشرائع فعامة المسلمين داخلون في ذلك الاجماع مع الفقهاء ، فاما ما يختص بالرأي والاستنباط وما يجري مجراه فلا يعتبر فيه الا أهل الرأي والاجتهاد) .
  ٣. ارشاد الفحول المرجع السابق ص ٨٨ .
- وقال الامام شهاب الدين ابو العباس محمد بن ادريس القرافي في كتابه تنقيح الفصول في اختصار الحصول في الاصول (ص ٣٢٢) :
- (الاجماع هو اتفاق اهل الحل والعقد من هذه الامة في امر من الامور وتعني بالاتفاق : الاشتراك اما في القول او الفعل او الاعتقاد ، وباهل الحل والعقد : المجتهدين في الاحكام الشرعية ، وبامر من الامور : الشرعيات والعقليات والعرفيات) .

من عداهم ، فالمعتبر في الاجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء ، وفي المسائل الاصولية قول جميع الاصوليين ، وفي المسائل النحوية قول جميع النحويين ونحو ذلك) .  
ونضيف الى هذا الكلام فنقول : وفي المسائل الاقتصادية جميع الاقتصاديين المختصين ، وفي المسائل الصحية جميع اطباء المختصين ، وفي المسائل العسكرية جميع المختصين في القضايا العسكرية ، وفي المسائل الادارية جميع الاداريين المتميزين بالخبرة والممارسة الطويلة.

وفي المسائل الزراعية جميع المختصين بالزراعة وهكذا ولو كان اعضاء المجلس النيابي او الوطني او البرلماني في كل بلد من المختصين ومن اهل الخبرة كل من حقل اختصاصه بدلا من الاكتفاء بالمستوى المعمول به في العالم الانتخابي لتمكن رؤساء الدول عن طريق هؤلاء الاعضاء تحقيق كثير من متطلبات حياة شعوبهم ومن التطوير نحو حياة افضل .

ج- اذا كانت المسألة المطروحة للمناقشة قد عاجلها الفقهاء وبينها حكمها ولكنهم اختلفوا في الحكم وكان المراد من هذه المناقشة ترجيح رأي من ارانهم لجعله تشريعا ملزما للكل فان الامر لا يتطلب اهلية الاجتهاد وانما تكفي اهلية الترجيح للمجمعين على ترجيح رأي على غيره للاخذ به ، بل في هذه الحالة يكفي رأي الاكثرية في الترجيح .

واذا كانت اهلية الاجتهاد تكاد ان تكون مفقودة اليوم في العالم الاسلامي فان اهلية الترجيح متوفرة لدى كثير ممن لهم الخبرة باصول الشريعة وفروعها الا انهم ينقصهم امران :  
احدهما : الانفتاح والمرونة البعيدة عن الميوعة .

وثانيهما : التخلي عن التعصب المذهبي .

ولو شكلت لجنة ممن يتوفر فيهم هذان الشرطان للاتفاق والاجماع على اختيار الرأي الراجح من المذاهب الفقهية الاسلامية في كل مسألة خلاقية لاعتبار هذا الرأي المجمع عليه تشريعاً ملزماً للكل لنجا العالم الاسلامي من تضارب الفتاوى واختلاف الاحكام القضائية وتباين القوانين الوضعية في القضايا المتماثلة ولقضي على التعصب المذهبي الى الابد ، ولنا امل وطيد ان يتحقق ذلك في المستقبل .

د- اذا كانت القضية المعنية بالاجماع على حكمها الشرعي من القضايا المستجدة مثل اطفال



الانابيب وزرع الأعضاء البشرية او نقلها من شخص الى شخص اخر وغير ذلك من الوقائع والحوادث التي تواجهها الاسرة البشرية نتيجة التقدم العلمي في مجالات العلوم الاساسية والتطبيقية وفيما يتعلق بالاعمال الطبية وغير ذلك مما لا نجد لها حكماً واضحاً لا في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في النصوص الفقهية صراحة ، فان المجمعين على اقرار حكم شرعي لكل مسألة من المسائل المذكورة يجب ان يكونوا من اهل الرأي والاستنباط .

ومن الجدير بالذكر انه لا يشترط عدد معين من المجتهدين لانعقاد الاجماع بل الحد الادنى اثنان اذا لم يكن هناك غيرهما ممن تتوفر فيه اهلية الاجتهاد (١) وكذلك لا يشترط انقراض كلهم او غالبهم لحجية الاجماع لانه لا يجوز الرجوع بعد الاجماع (٢) ولا يشترط ان يكون المجمعون من الصحابة فقط خلافاً للظاهرية ولا ان يكونوا من آل البيت او من اهل المدينة لان الاجماع الذي يعتبر حجة هو اجماع جميع فقهاء الامة» ولم يقل المالكية بان الاجماع يقتصر على اجماع اهل المدينة بل اضافة الى ذلك قالوا الاجماع العام (٣) .

وقال المالكية نقصد باجماع اهل المدينة الاجماع فيما كان سبيله النقل واما فيما يعتمد على الاجتهاد فيؤخذ باجماع مجتهدي الامة .

وبناء على ذلك لا خلاف بين رأي المالكية ورأي الجمهور في الاجماع (٤) وازضافة الى ذلك فإنهم قصدوا باهل المدينة الصحابة والتابعين فقط لا اجماع اهل المدينة في كل عصر .

١. راجع البرهان في اصول الفقه لامام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ٤١٩ - ٤٧٨هـ) .
٢. في شرح جمع الجوامع مع البناني ٢ / ١٤٢ : (ولا يشترط في المجمعين عدد التواتر لصدق مجتهدي الامة بما دون ذلك ، فاذا وجد في العصر مجتهد وحده قوله وحده لا يتعبّر اجماعاً لان اقل ما يصدق ه اتفاق مجتهدي الامة اثنان) .
٣. يقول القرافي (شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٥) : ادلة المجتهد وتصرفات المكلفين على قسمين : ادلة مشروعيتها ، وادلة وقوعها ، وادلة مشروعيتها هي الكتاب والسنة واجماع الامة ، واجماع اهل المدينة ، والقياس وقول الصحابي ، والمصلحة المرسله والاستصحاب .
٤. قال الشوكاني (ارشاد الفحول ص ٨٢) نقلاً عن الباجي المالكي : انما اراد (اي مالك) ذلك بحجية اجماع اهل المدينة فيما كان طريقه النقل المستفيض كالصاع والمن والاذان والاقامة وعدم وجوب الزكاة في الخضروات مما تقتضي العادة ان يكون في زمن النبي (ص) فانه لو تغير عما كان عليه لعلم ، فاما مسائل الاجتهاد فهم وغيرهم سواء .

## الشرط الثاني :

ان يتم اقرار حكم الشرعي للمسألة المعنية بمعرفة حكمها باتفاق الجميع اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً صراحة أو ضمناً (١) .

فالاتفاق القولي الصريح هو ان ينطق كل واحد منهم بالحكم سواء اكانوا مجتمعين في مكان واحد ام كانوا متفرقين ، فيبين كل واحد منهم موافقته في اوقات وامكنة مختلفة صورة متعاقبة شريطة ان يكون الكل في عصر واحد .

وكذلك يعتبر اجماعاً صريحاً اذا نطق بالحكم بعضهم وعمل به الآخرون منهم او عمل بالحكم كلهم بدون نطق لان العمل بالشيء يقتضي القول بجوازه واما لنا قال بعضهم بالحكم قولاً او كتابة او فعلاً وسكت بعضهم فيعتبر سكوتهم موافقة بشرطين :

احدهما ان قضى فترة كافية للعامل والتفكير في القضية المعروضة للمناقشة ولبيان حكمها وثانيهما ان لا يكون السكوت لعامل خوف او قصور اي لا توجد قرينة تدل على ان السكوت معارضة (٢) .

١. في التوضيح والتنقيح (٣٦٢/٢) : الاتفاق الاشتراك في الاعتقاد او القول او الفعل ، في شرح المنار لابن ملك (عز الدين عبد اللطيف عبد العزيز) على متن المنار للنسفي (ابي البركات عبدالله بن احمد) ص ٧٣٧ : الاجماع نوعان عزيمة (اجماع صريح) وهو التكلم منهم بما يوجب الاتفاق اي اتفاق الكل على الحكم او شروعاتهم في الفعل اذا كان من باب الفعل كان يكون المجمع عليه حكم المزارعة .

٢. فاذا تخلف احد هذين الشرطين لا ينعقد الاجماع ، ومن تطبيقات السكوت الذي اعتبر معارضة لوجود قرينة ما قاله بعض الاصوليين من ان عمر بن الخطاب (رض) قال بالعدل ووافقه : الصحابة واعتبر ذلك اجماعاً سكوتياً لكن بعد وفاته ابدى ابن عباس معارضته لهذا القول، فقيل له ما منعك ان تخبر عمر بقولك : فقال مهابة (اودرته) وقال صدر الشريعة (التوضيح / ٢٢٩) حديث الدرّة غير صحيح لان عمر كان الين للحق . والعدل في علم الميراث زيادة في عدد اسهم التركة ونقصان في مقدارها فلو انحصرت ورثة المتوفي في ابوين وزوجة وبنّتين تكون المسألة الفرضية من (٢٤) سهماً وتعدل الى (٢٢) سهماً للزوجة (٢٧/٣) بدلا من ٣ / ٢٤ ولكل من الابوين (٢٧/٤) بدلا من ٤ / ٢٤ ولكل بنت ٨ / ٢٧ بدلا من ٨ / ٢٤ .

واخذ فقهاء الجعفرية برأي ابن عباس فقالوا تكون المسألة الفرضية من (٢٤) وما يبقى من نصيب الابوين والزوجة للبنّتين فالتنقص يصيب نصيبهما فقط وقالوا التنقص يشمل دائما البنات وبنات الابن والاخوات الشقيقات والاخوات من الاب لانهن يزيد وينقص نصيبهن بحسب الورثة .

اثر ابن عباس في العدل : اخرجته البيهقي في سننه ، كتاب الفرائض ، باب العدل / ٢٥٣ .

ولا يشترط ان يكون الاتفاق بصورة مباشرة بل يجوز ان يكون بطريقة غير مباشرة ومن ذلك قول الاصوليين : ان خلاف الفقهاء الصحابة في مسألة على قولين يكون اجماعاً ضمناً (بصورة غير مباشرة) على عدم جواز استحداث رأي ثالث في هذه المسألة اذا لزم منه ابطال ما قالوا به (١) .

### ومن تطبيقات هذه القاعدة :

١- اختلفوا في عدة الحامل للمتوفي عنها زوجها : فقال بعضهم تعدد بأبعد الاجلين من الاشهر ومن وضع الحمل جمعاً بين الآيتين المتعارضتين ظاهراً وهما قوله تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشراً) (٢) وقوله تعالى : (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) (٣) .

فالاية الاولى خاصة بالمتوفي عنها زوجها وعامة تشمل الحامل والحائل والثانية خاصة باولات الاحمال وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها فالقول بان عدتها تنقضي بأبعد الاجلين يكون جمعاً بينهما وعملاً بهما (٤) .

وقال بعضهم الاخر : انها تعدد بوضع الحمل استناداً الى حديث سبيعة الاسلمية (٥) الذي يدل على ان الآية الثانية مخصصة للاولى وتقتصر الاولى على الحائل المتوفى عنها زوجها فقط ، وهناك شق ثالث متصور وهو ان تكون عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام مطلقاً سواء كانت الزوجة حاملاً ام لا ، وهذا الاتجاه الثالث لم يسلكه احد طيلة العصور الاسلامية فكان عدم جوازه حكماً جمعاً عليه من قبل فقهاء الصحابة بصورة غير مباشرة .

ب- اختلفوا في ميراث الجد مع الاخوة والاحوات :

فقال بعضهم التركة كلها للجد وهو يحجب الاخوة والاحوات كما يحجبهم الاب (٦) .

١. مبادئ الاصول الى علم الاصول للطي (أبي منصور جمال الدين الحسن بن يوسف) ، ص ١٩٢ .

٢. سورة البقرة / ٢٣٤ .

٣. سورة الطلاق / ٤ .

٤. وبه اخذ المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم (م٤٨) .

٥. عن المسور بن مخرمة : ان سبيعة الاسلمية نفست (ضم النون وكسر الفاء) بعد وفاة زوجها (وهو سعد بن خولة توفي بعد حجة الوداع) بليال فجاءت الى النبي (ص) فاستأذنته ان تنكح فاذن لها فنكحت ، رواه البخاري كتاب الطلاق ، باب اجل اولات الاحمال ، فتح الباري ٩ / ٥٨٦ ، واصله في الصحيحين وفي لفظ للبخاري (انها وضعت بعد وفاة زوجها باربعين ليلة) سبل السلام ٣ / ٢٥٩ .

٦. وهذا ما اختاره ابو حنيفة (رح) .

وقال البعض الآخر : المال يوزع بينهم ويعتبر الجد بمثابة اخ شقيق مع الاشقاء والشقيقات  
ويمنزلة اخ من الاب مع الاخوة والاخوات من الاب (١) .

اما حرمان الجد من الميراث بالاخوة والاخوات فهو قول ثالث لم يقل به احد يعتد برأيه  
وعدم جوازه مجمع عليه بصورة غير مباشرة .

ج- اذا اجتمعت الام مع الاب واحد الزوجين ولم يكن للمتوفى فرع وارث ولا عدد من الاخوة  
والاخوات قال بعضهم يكون للام ثلث الباقي بعد نصيب الزوج او الزوجة رعاية لقاعدة (للمذكر  
مثل حظ الانثيين) (٢) قال الآخرون لها الثلث الكامل اخذ يظهر قوله تعالى : (فان لم يكن له  
ولد وورثة ابواه فلامه الثلث) (٣) وهو قول ابن عباس (٤) عن فقهاء الصحابة واخذ به فقهاء  
الشيعة الامامية والظاهرية والقول الثالث المتصور هو ان يكون لها الثلث الكامل مع الزوجة  
وثلث الباقي مع الزوج او عكس ذلك فهذا القول بالتفريق لم يقل به احد طيلة جميع العصور  
الاسلامية فيكون عدم جوازه مجمعاً عليه بصورة غير مباشرة .

### الشرط الثالث :

ان يكون المجتهدون من امة محمد لا يشترط ان يكونوا من فئة معينة كاهل المدينة او اهل العترة او  
الصحابة (٥) كما سبق لان الاجماع الذي يعتبر حجة هو اتفاق جميع فقهاء الامة ، واجماع مجتهدي  
الامم السابقة لا يكون حجة على امة محمد .

١. اخذ بهذا جمهور فقهاء المسلمين ، ويكون بمثابة الاخ من الام اذا اجتمع معه او مع الاخ من الام وكان من  
جهة الام (كاب الام) عند الجعفرية ، ولكن عند جمهور الجد من جهة الام من ذوي الارحام والجد من جهة  
الاب يحجب الاخوة والاخوات من الام .

٢. وبه اخذ جمهور فقهاء المذاهب الاسلامية .

٣. سورة النساء / ١١ .

٤. ويروي ان ابن عباس سأل زيد بن ثابت : هل تجد في كتاب الله ثلث الباقي ؟ فقال لا ولكنني قلت برأي لا  
افضل اما على اب ، فقال ابن عباس : كتاب الله أحق ان يؤخذ به من رأيك ، تفسير الرازي ٩ / ٢٢١ .

٥. لا خلاف في حجية اجماع فقهاء الصحابة لكن الاجماع لا يقتصر عليهم كما زعم البعض .

## الشرط الرابع :

ان يكون الاجماع على الحكم الشرعي بعد وفاة الرسول (ص) لان الاجماع في حياته ان تم بموافقة فللصدر. موافقته حيث ان مركز الاجماع يأتي بعد السنة النبوية فاللجوء اليه اذاً يكون في حالة عدم وجود نص ثابت ، وإن نقص منهم يكون الاجماع باطلا لا يعقد به فلا يكون مصدرا (١) .

## الشرط الخامس :

ان يكون الحكم المجمع عليه حكما شرعيا قابلا للاجتهاد ، اما كونه حكما شرعيا فظاهر لان الغرض من الاجماع اكتشاف حكم شرعي لواقعة لم يثبت حكمها لا في القرآن ولا في السنة ، واما كونه قابلا للاجتهاد فلان المسائل التي لا تقبل الاجتهاد لا تكون مجالا للاجماع ، لان احكامها تامة بادلة قطعية في ثبوتها وفي دلالاتها فلا تكون محلا للاجتهاد وبالتالي لا يحتاج ثبوتها الى الاجماع كحرمة الامهات والبنات في الزواج ، ووجوب الصلاة والصيام وغيرهما من العبادات ، وكنصف الزوج من تركة زوجته اذا توفت وليس لها فرع وارث ، فهي وامثالها احكام تامة بادلة شرعية قطعية ، فالقول بانها مجمع عليها مؤكد لما هو ثابت من الاحكام بادلتها ولا يقصد به ان الاجماع مصدر لها بل لا يسمى ذلك اجماعا بالمعنى الاصولي لان المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً (٢) .

## الشرط السادس :

ان يكون للاجماع سند شرعي يستند اليه المجمعون (٣) وقد اختلف علماء الاصول في تحديد

---

١. في جمع الجوامع (٢/ ١٢٢) ، وجه عدم انعقاده في حياة النبي (ص) انه ان وافقهم فالحجة في قوله والا فلا اعتبار بنحوهم حينه .

٢. في كشف الاسرار واصول البردوي (٣ / ٩٥٩) : الشريعة تنقسم الى ما يشترك في دركه الخواص والعوام ولا يحتاج فيه الى رأي كالصوات الخمس ووجوب الصيام والزكاة ونحوها من امهات الشريعة واصولها وهذا مجمع عليه من جهة الخواص والعوام والى ما يختص بدركه الخواص من اهل الرأي والاجتهاد وهو ما يحتاج فيه الى الرأي كتفصيل احكام الصلاة والنكاح والطلاق والبيع فالاجماع على هذه الاحكام يكون باتفاق اهل الرأي والاجتهاد دون غيرهم .

٣. قال الشوكاني الزيدي (ارشاد الفحول ص ٧٩) : لان اهل الاجماع ليس لهم الاستقلال باثبات الاحكام فوجب ان يكون عند مستند .

نوع هذا السند : فمنهم من قال : لا يكون غير النص سنداً للاجماع (١) ، وقال بعضهم اضافة الى النص يجوز ان يكون القياس سنداً ايضاً (٢) .

ومن الجدير بالاشارة في هذا المقام ان فائدة الاجماع في حالة كون السند نصاً هي ان النص يصبح بواسطة الاجماع دليلاً قطعياً على حكمه وان كان ظني الدلالة او ظني الثبوت في اصله .

ومن وجهة نظري ان السند كما يكون نصاً وقياساً كذلك قد يكون مصلحة عامة ويدل على ذلك ان الصحابة اجمعوا على قضايا كثيرة لم يكن فيها سند ظاهر من النص او القياس وانما كان الدافع رعاية المصلحة العامة كاجماعهم على جمع القرآن الكريم بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وكاجماعهم على قتل الجماعة بواحد وغير ذلك .

### تطبيقات الاجماع المستند الى النص والقياس والمصلحة :

١- من الاجماع المستند الى النص : اجماع الفقهاء على ان بنت الابن بمثابة البنت عند عدم وجود الابن والبنت للمتوفى ، وان ابن الابن بمثابة الابن عند عدم وجود الابن والبنت استناداً الى قوله تعالى : (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) (٣) وجه الاستدلال ان لفظ (ولد) يشمل ولد الابن مجازاً او المراد به الفرع الذي يشمل الولد وولد الولد وان نزل بالاشترار المعنوي ، وقد اجمع الفقهاء على الاخذ بهذا المعنى المجازي او المشترك فاصبح بذلك دلالة النص عليه قطعية .

---

١ . قال ابن حزم الظاهري (الاحكام في اصول الاحكام ١ / ٦٤١) ولا يمكن ان يكون اجماع من علماء الامة على غير نص من قرآن او سنة .

٢ . قال القرافي المالكي (شرح تنقيح الفصول ص ٢٣٩) : ويجوز عند مالك انعقاده عن القياس وقال المحلي الشافعي (شرح جمع الجوامع ٢ / ١٢٥) : والاجماع قد يكون عن قياس لان الاجتهاد المأخوذ في تعريفه لا بدله من مستند والقياس من جملته ، وقال صدر الشريعة الحنفي (التوضيح ٢ / ٣٤٧) : يجوز ان يكون سند الاجماع خبر الواحد والقياس عندنا ، وعند البعض لا بد من قطعي ، والجمهور على انه لا يجوز الاجماع الا عن سند من دليل او اشارة لان عدم السند يستلزم الخطأ .

٣ . سورة النساء / ١١ .

ب- ومن الاجماع المستند الى السنة : الاجماع على عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوارث والمورث في الدين استنادا الى قول الرسول (ص) (لا يتوارث اهل الملتين) (١) وقد تم الاجماع عليه وبذلك اصبح الحديث دليلا قطعيا يجب العمل به رغم كونه حديث الاحاد وظني الثبوت .

ومن هنا تظهر لنا ثمرة الاجماع عند وجود نص على الحكم المجمع عليه لانه اذا كان قطعي الثبوت وظني الدلالة على الحكم يصبح بواسطة الاجماع قطعي الدلالة واذا كان ظني الثبوت يعتبر دليلا قطعيا بالاجماع على الحكم الذي يدل عليه .

ج- ومن الاجماع المستند الى القياس : اجماع الصحابة على قتال ما نعي الزكاة قياسا على تارك الصلاة بجامع ان كلا منهما من اركان الاسلام كما قال ابو بكر الصديق (رض) في حروب الردة : (والله لا أفرق بين ما جمع الله) (٢) ، قال تعالى : (واقيموا الصلاة واتوا الزكاة) (٣) فكان سند ابي بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة وقى تم اجماع فقهاء الصحابة على ذلك .

وكذلك اجماع فقهاء الصحابة على خلافة ابي بكر (رض) كان سنده القياس على تقديم النبي (ص) اياه في الصلاة في مرض وفاته ، ولذلك قال عمر بن الخطاب (رض) ان النبي قدمه في الصلاة التي هي عماد الدين فارضوه لديناكم مارضيه رسول الله لدينكم (٤) وقال الصحابة : رضيه رسول الله لامر ديننا افلا نرضاه لامر دينانا ؟ (٥) .

وقد اجمع فقهاء المذاهب الاسلامية على حمة شحم الخنزير قياسا على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) (٦) .

- 
١. سبق تخريجه ، وانظر : سبل السلام ٢ / ١٢ غير المسلم لا يرث من المسلم بالاجماع ، ولكن ميراث المسلم من غير المسلم مسألة خلافية .
  ٢. اخذجه مسلم في كتاب الايمان ، صحيح مسلم بشرح النووي ١ / ٣١٤ ، وابو داود ، كتاب الزكاة ٢ / ٩٥ ، والترمذي ٢٦٠٧ .
  ٣. سورة البقرة / ٤٣ .
  ٤. التبصرة في اصول الفقه للشيرازي (الامام ابي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي - ت (٤٧٦) ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو (ص ٢٧٣) ، حديث ابي بكر هذا رواه البخاري في الزكاة ومسلم في كتاب الايمان ، وابو داود (٢٥٥٦) والترمذي (٢٦٠٧) .
  ٥. تسهيل الوصول الى علم الاصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلاوي (١٧٥) .
  ٦. سورة المائدة / ٣ .

د- ومن الاجماع المستند الى المصلحة : اجماع الصحابة السكوتي على قتل الجماعة بواحد ، قال سبحانه وتعالى : (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) (١) .

والقصاص يعني المماثلة فهو جزء عادل لا بد فيه من المساواة ، ولكن قد يحدث ان يشترك اثنان فاكثر في قتل شخص واحد ، فاذا اخذنا بظاهر هذا

النص القرآني لا يطبق القصاص على هؤلاء المشاركين لعدم تحقيق معادلة النفس ولكن تم اجماع فقهاء الصحابة على قتل الجماعة بالواحد رعاية لمصلحة حماية ارواح الابرياء ذلك لان المجرم اذا علم انه لا يقتص منه عند مساهمة الغير معه في ارتكاب جريمته لادى ذلك الى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص .

## انواع الاجماع :

قسم علماء الاصول الاجماع باعتبار طريقة التعبير عن الارادة في الموافقة على الحكم المجمع عليه الى الاجماع الصريح والاجماع السكوتي :

١- الاجماع الصريح : هو ان يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً اما بالكلام او بالفعل الصريح .

وتطبيقات هذا النوع من الاجماع قليلة جداً في جميع العصور الاسلامية منذ عهد الخلفاء الراشدين ، ولذلك انكر بعض الاصوليين انعقاد الاجماع في جميع العصور (٢) .

ومن امثلة الاجماع الصريح في عهد الراشدين الاتفاق على جمع القرآن الكريم بعد ان كانت الآيات القرآنية متفرقة ، فمنها ما كانت محفوظة في صدور الاصحاب ومنها ما كانت مكتوبة على وسائل مختلفة .

١. سورة المائدة ٤٥ .

٢. قال الشوكاني (ارشاد الفحول ص ١٧٢) : قال قوم منهم النظام وبعض الشيعة باحالة (باستحالة) امكان الاجماع لان اتفاقهم على الحكم الواحد الذي لا يكون معلوماً بالضرورة (بالبداهة) محال ، كما ان اتفاقهم في ساعة واحدة على مأكول واحد وتكلمهم بكلمة واحدة محال .



حكمه : إذا ثبت الاجماع الصريح يجب العمل بمقتضاه وتعتبر مخالفته كفراً عند علماء  
الاصول لانه بمثابة نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة (١) .

٢- الاجماع السكوتي : وهو ان يقول بعض المجتهدين حكماً ويسكت الباقيون عنه بعد العلم به  
ويعد مضي فترة كافية للتأمل والتفكير شريطة ان لا يكون هناك دليل يدل على ان السكوت  
معارضة .

٤١. قال الشاشي في اصوله (ص٨٦) : (اجماع هذه الامة بعد ما توفي رسول الله عليه الصلاة والسلام في  
فروع الدين (الاحكام الشرعية العملية) حجة موجبة للعمل بها شرعاً كرامة لهذه الامة ، والاجماع على أربعة  
اقسام : اجماع الصحابة على حكم الحادثة نصاً (اجماعاً صريحاً) ، ثم اجماعهم بنص البعض وسكوت  
الباقيين عن الرد ، ثم اجماع من بعدهم فيما لم يوجد فيه قول السلف ، ثم الاجماع على احد اقوال السلف ،  
اما الاول فهو بمنزلة اية من الكتاب ، ثم اجماع من بعدهم بمنزلة السنة المشهورة ، ثم اجماع المتأخرين على  
أقوال السلف بمنزلة الصحيح من خبر الواحد) ، في التلويح المرجع السابق (٣/٢٤٨) : (نقل الاجماع الينا قد  
يكون بالتواتر فيفيد القطع وقد يكون بالمشهرة فيقرب منه ، وقد يكون خبر واحد فيفيد الظن ويوجب العمل  
لوجوب اتباع الظن) .

في حجية الاجماع السكوتي اقوال متعددة منها :

- ١- ليس باجماع ولا حجة لانه لا ينسب الى ساكت قول وهو رأي الظاهرية وأحد أقوال الشافعي .
- ب- انه اجماع وحجة لان سكوتهم ظاهر في الموافقة ، ولانه لا يجوز السكوت على الحق .
- ج- حجة وليس باجماع اما كونه حجة فلانة يفيد الظن ، والظن حجة لقول الرسول (ص) (امرت ان  
اقتضي بالظاهر) واما عدم كونه اجماعاً فلان السكوت يحتمل المعارضة .
- د- اجماع بشرط انقراض العصر ، لانه يبعد مع ذلك ان لا يكون السكوت عن رضا .
- هـ- اجماع ان كان فتياً لا حكماً ، لان الحاكم لا يعترض عليه في حكمه فلا يكون السكوت دليل الرضا .
- و- اجماع ان وقع شيء يفوت استدراكه كاراقة دم او استباحة عرض لانهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه .
- ز- اجماع ان كان الساكتون اقل .
- ح- اجماع اذا كان مما يدوم ويتكرر وقوعه .
- ط- اجماع ان قامت قرينة على ان السكوت رضا .

لمزيد من التفصيل راجع الشوكاني (ارشاد الفحول ص ٨٤ - ٨٥) شرح تنقيح الفصول (ص ٣٣٠ وما  
بعدها) شرح الجوامع (٢ / ١٢٧ وما بعدها) ، التبصرة للشيرازي (ص ٢٩١ وما بعدها) مبادئ الوصول  
الى علم الاصول للحلي (ص ٣٩١) .

حكمه : اختلف العلماء في حكم الاجماع السكوتي والرأي الصحيح الذي يجب العمل به هو انه حجة وان لم يعتبر اجماعا ، لانه اذا كان رأي مجتهد واحد من ائمة المذاهب الاسلامية حجة على من يقلده ، وان حكم القاضي برأي في مسألة خلافية يكون ملزما للمحكوم عليه بتنفيذ المحكوم به فان رأي اكثرية المجتهدين واتفاقهم على حكم واحد يجب ان يعتبر حجة من باب اولى .

## ادلة حجية الاجماع :

الاجماع حجة شرعية ومصدر ثالث بعد الكتاب والسنة للاحكام الشرعية بدليل القران والسنة والمعقول :

١- القران : هناك عدة آيات تدل على وجوب العمل بالحكم المجمع عليه ومنها : قوله تعالى (... ) ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساعت مصيرا (١) فهذه الآية تدل على حجية الاجماع بوضوح للاحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين (٢) وعدم العمل بالاجماع عدول عن سبيل المؤمنين ، والتواعد على مخالفة سبيلهم دليل على ان اتباعهم واجب ومخالفتهم حرام وان ما عداه باطل (٣) .

٢- السنة النبوية : من السنن الدالة على حجية الاجماع بصورة ظاهرة قول الرسول عليه الصلاة والسلام : ( لا تجتمع امتي على ضلالة ) (٤) وغيره من روايات اخرى وردت بهذا المعنى (٥) بمجموعها تشكل حديثا متواترا معنويا يدل على حجية الاجماع .

١. سورة النساء ، ١١٥ .

٢. احكام القران للجصاص ٢ / ٤ .

٣. التبصرة في اصول الفقه : (ص ٢٤٩) .

٤. اخرجه الترمذي ، كتاب الفتن ، سنن الترمذي ٤ / ٤٠٤ ، وابن ماجه ، كتاب الفتن ، باب السواد الاعظم ٢ / ١٣٠٣ ، وابوداود ، كتاب الفتن ٤ / ٩٦ .

٥. ومنها ( ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح ) اخرجه الامام أحمد في مسنده ١ / ٣٧٨ بلفظ ما رآه المسلمون ، ومنها (عليكم بالجماعة فان الذئب ياكل القاصية من الغنم) رواه البخاري في كتاب الفتن ، الباب الثاني ، ورواه النسائي ٢ / ٨٣ ومن هذه الروايات (ان الله اجاركم من ثلاث خلال : ان لا يدعو عليكم نبيكم فتهلكوا ، وان لا يظهر اهل الباطل على اهل الحق وان لا تجتمعوا على ضلالة ، ان امتي لا تجتمع على ضلالة ، فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الاعظم) لمزيد من التفصيل يراجع المعتبر للزركشي تحقيق الشيخ حمدي السلفي ص ٥٧ وما بعدها .

٣- المعقول : اطلقت الدساتير في العالم على ان رأي الاكثرية في كل اجتماع يعقد لصنع قرار بشأن قضية من قضايا الساعة ملزم يجب العمل بمقتضاه ويخلاف ذلك يعم الفساد النظام وتسود الفوضى المجتمع .

وإذا كان الامر كذلك في الامور الدنيوية فان العقل السليم يقضي من باب اولى بوجوب الاخذ برأي خبراء الامة المختصين في العلوم الشرعية اذا اجمعوا على تحديد الحكم الشرعي لكل واقعة تواجه الانسان ولم يرد بصدها نص خاص .

# المبحث الثاني

## العرف

تعريفه ، عناصره ، انواعه ، حجيته ، شروطه ، اهميته :

تعريفه : لغة له معان كثيرة منها الجميل من الافعال والاقوال ، و عرف الديك منبت الريش ، و عرف الفرس منبت الشعر ...

وفي اصطلاح اهل الشرع : ما تكرر استعماله من فعل (١) أو قول (٢) حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس (٣) والتقبل في العقول (٤) والرعاية في التصرفات .

العرف والعادة : اختلف علماء الاصول في النسبة بينهما ، بعد ان اتفقوا على انها العموم والخصوص المطلق : فمنهم من قال العادة اعم مطلقاً (٥) ومنهم من قال العرف اعم مطلقاً (٦) والاتجاه السائد لدى فقهاء الشريعة هو التسوية بينهما (٧) .

عناصره : يؤخذ من تعريفه انه يتكون من عنصين (مادي ومعنوي) :

العنصر المادي : هو الفعل او القول المتكرر استعماله .

العنصر النفسي (المعنوي) : هو صفة التقبل والاحترام والالزام الادبي .

انواعه : ينقسم العرف الى عدة انواع باعتبارات مختلفة ومنها :

- ١ . كعادة فعلية اقتصادية مثل بيع المعاطاة ، او الاجتماعية كزيارة المريض وتبادل الهدايا بالمناسبات ، او سياسة كالمقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية .
- ٢ . كلفظ تكرر استعماله في معنى جديد غير ما وضع له لغة حتى اصبح حقيقة عرفية فيه مثل لفظ (ولد) في الذكر بعد ان كان موضوعا في اللغة لكل من الذكر والانثى .
- ٣ . وما حصل بطريق الندرة فلم يستقر في النفوس لا يسمى عرفا في الاصطلاح .
- ٤ . ولا يعتبر عرفا ما استقر في النفوس عن طريق الاهواء والشهوات كاعتقاد اعمال الفجور .
- ٥ . من يرى ان العادة اعم قال انها تشمل كل مكرر من الاقوال والافعال سواء اكان صادرا من الفرد ام من الجماعة ، وسواء اكان مصدره امرا طبيعيا ام كان مصدره العقل ام كان المصدر الاهواء والشهوات .
- ٦ . على اساس ان العرف يشمل الفعل والقول والعادة تقتصر على الاول .
- ٧ . على اساس ان مفهومهما واحد فكل يصدق على كل ما يصدق عليه الاخر .

## أ- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي :

١- **العرف القولي** : هو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى اصبح حقيقة عرفية كلفظ (ولد) وضع لغة للذكر والانثى ثم استعمل للذكر فقط ، وكلفظ (لحم) فانه في اللغة يشمل لحم كل حيوان ولكن في العرف يستعمل لما عدا لحم السمك ويسمى هذا (عرفا استعماليا) . وق يكون العرف القولي شرعيا وقد يكون قانونيا وقد يكون عرفا اخر من الاعراف الخاصة ، فالعرف الشرعي (١) هو لفظ وضع لغة لمعنى عام ، ثم نقل الى معنى شرعي جديد خاص كلفظ (صلاة) معناه اللغوي الدعاء وفي عرف اهل الشرع عبارة عن العبادة المعروفة التي يج اداؤها يوميا في خمسة اوقات محددة وكلفظ (صيام) معناه اللغوي مطلق الامساك وفي عرف الشرع الامساك الخاص عن الاكل والشرب والمعاشرة الجنسية من الفجر الى المغرب .

**والعرفي القانوني** : هو لفظ نقل من معناه اللغوي الى معنى قانوني خاص كلفظ (جناية) في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس او غيرها ، وفي العرف القانوني - كما في قانون العقوبات العراقي - جريمة يعاقب عليها بالاعدام او بالسجن المؤبد او بالحبس اكثر من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة (٢) .

وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص ، وصيغ العقود ، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع واجارة وشروط عاقد وثمان ومثمان وغير ذلك ، لان المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط وغيرها انما يريد بها معانيها التي وضعت لها عرفا سواء اكان العرف عاما ام خاصا فيرجع اليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود (٣) .

٢- **العرف الفعلي** : وهو اما مشروع كبيع المعاطاة (٤) ، وزيارة المرضى ، وتبادل الهدايا بالمناسبات ، وقبض المهر المقدم قبل الزفاف وتقديم هدية الزوج الى الزوجة ليلة الزفاف ...

١. في الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص٩٣) : (والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية) ، والمعنى اللغوي للزكاة : النمو ، وللحج : القصد .
٢. المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .
٣. وما ورد في ذلك من نصوص مواد القانون المدني الاردني المادة (٩١ / ١) :- (الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً (انشاء العقد ..) ، والمادة (١٠٠ / ٢) :- ( ... ) واذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وإحكام القانون والعرف والعدالة) .
- المادة (٢٢٠) :- (١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة . ٢- وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبارة للغالب الشائع لا للنادر . ٣- تترك الحقيقة بدلالة العادة) .
٤. نصت المادة (٩٣) مدني اردني :- (التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي) .

واما غير مشروع كلعب القمار وتعاطي المسكرات والتعامل بالفوائد الربوية واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية كظروف الحرب ...

## ب- باعتبار الشمول اما عام واما خاص :

١- **العرف العام او (العرف الدولي) :** وهو الذي لا يختص باقليم دون اقليم ومن الاعراف العامة (الدولية) : المقابلة بالمثل في الميراث (١) ، وتسليم المجرمين السياسيين واعادتهم الى دولهم (٢) وقطع العلاقات الدبلوماسية واستئنافها عند الخلافات والنزاعات الدولية ، وتبادل اسرى الحرب (٣) وعدم سريان قانون العقوبات المحلي على الجرائم التي ترتكب من قبل الاشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية (٤) من الاجانب وكعدم تفتيش الحقائب الدبلوماسية في المطارات والمحطات ، وكاجراءات مراسيم الزيارات الرسمية واستقبال النظير لنظيره ، وكالاعراف التجارية في التجارة الدولية ... وقد تصبح هذه الاعراف الدولية ملزمة كالزام القانون الداخلي بموجب الاتفاقات الثنائية او الجماعية او باقرارها في القوانين الداخلية .

٢- **العرف الخاص (أو ، العرف الاقليمي - او المحلي) :** وهو الذي يختص باقليم معين ، او منطقة معينة ، ومن الاعراف الخاصة المحلية الاعياد الوطنية (٥) ومثل الزبي الخاص ببلد واحد او منطقة معينة من بلد واحد وكتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه في العراق الى اقرب الاجلين (الطلاق او الوفاة) (٦) ولكل بلد اعراف واعادات فعلية خاصة في الملابس والمسكن والمشرب والمآكل والزيارات .. كما توجد اعراف مشتركة بين الشعوب والاقاليم والدول ...

- 
١. (١/٢٣م) مدني عراقي : اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات ، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه .
  ٢. قانون اعادة المجرمين العراقي وتعديلاته .
  ٣. المادة (١١٨) من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٤٩ تنص على انه : يجب الافراج عن الاسرى واعادتهم الى وطنهم دون ابطاء عقب توقف العمليات الحربية الفعلية .
  ٤. المادة (١١) ق.ع.ع : لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي ، او القانون الداخلي .
  ٥. اما الاعياد الدينية فهي الاعراف الشرعية العامة .
  ٦. المادة (٢٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ، والمادة (٤٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني .

## ج- وباعتبار المشروعية اما صحيح او فاسد :

١- **العرف الصحيح** : هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والاداب العامة ، ولا يجعل حلالا حراما ولا حراما حلالا في ميزان الشريعة الاسلامية بالنسبة لاعراف المسلمين (١) .

٢- **العرف الفاسد** : هو العرف الذي يتعارض مع النظام العام او الاداب العامة بان يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتعاطي المسكرات والمخدرات ، ولعب القمار ، والبناء على المقابر ، واحياء ليلة الاربعين للوفاء ، وللذكرى السنوية للوفاء .

## د- وباعتبار وقوعها في الوجود اما ثابتة او متغيرة : (٢) .

١- **الاعراف الثابتة** : هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ما دامت الحياة باقية كالاكل والشرب والنوم واليقظة والفرح والحزن ، وميل الطبع الى الحسن ونفرته عن القبيح ... هذا عند من يدخل هذه الامور في العادات والا فالغرائز في اعتقادي ليست منها ، فالاحكام المتأثرة بهذه العادات لا تختلف لن منشأها الغرائز الطبيعية .

## ٢- اعراف تختلف باختلاف الازمنة والامكنة والاحوال والظروف .. فالاحكام

المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغير بتغيرها ، وهذا النوع هو المراد بالقاعدة العامة المعروفة (لاينكر تغير الاحكام بتغير الزمان) والمراد بالتغير التبدل (٣) .  
لله تعالى حكم لكل ظرف فاذا تغير الظرف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد .

حجية العرف : العرف حجة شرعية اذا توافرت شروطه ، بالقرآن والسنة والاجماع والمعقول :

١- **القرآن الكريم** : أمر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات والاحكام الجزئية في آيات متعددة ومنها قوله تعالى : (خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين) (٤) (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين

١. جاء في المادة (٢) مدني اردني : (..... ٢- فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . ٣- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف ..... ٤- ويسترشد في ذلك كله بما قرره القضاء والفقه على ان لا يتعارض مع ما ذكر) .

٢. انظر : الموافقات في اصول الشريعة لابي اسحاق الشاطبي (ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي) (ن - ١٧٩٠هـ) : ٢ / ٢٩٧ .

٣. مجلة الاحكام العدلية المادة (٢٩) .

٤. الاعراف / ١٩٩ .

والاقربين بالمعروف حقا على المتقين) (١) (.. فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان)(٢) (.. ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ..) (٣) (الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان) (٤) (.. فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف ..) (٥) (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها) (٦) (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدرة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين) (٧) .. وغير ذلك من عشرات الايات التي تشير الى وجوب رعاية العرف (والمعروف) وهو : الفعل او القول الجميل الذي استقر عليه الناس وارتضته النفوس وتقبلته العقول السليمة .

**٢- السنة النبوية :** قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون سيئاً فهو عند الله سيء) (٨) .

**٣- الاجماع :** اجمع فقهاء الشريعة من صدر الاسلام الى يومنا هذا على حجية العرف وسند اجماعهم الايات المذكورة والسنة النبوية واقرار الاسلام لكثير من اعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الاسلام بعد ان نظمها ونقحها من الشوائب كالأعراف في المعاملات المالية والاحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك ، وهذه الاعراف منها ما كانت محلية ، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة كشرعية سيدنا ابراهيم واسماعيل وموسى وعيسى على نبينا وعليهم الصلاة والسلام ، ومنها ما كانت مأخوذة من الامم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري .. فاقر الاسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة كعقد البيع

١ . البقرة / ٢٢٨ .

٢ . البقرة / ١٧٨ .

٣ . البقرة / ٢٢٨ .

٤ . البقرة / ٢٢٩ .

٥ . البقرة / ٢٣٢ .

٦ . البقرة / ٢٣٣ .

٧ . البقرة / ٢٣٦ .

٨ . سبق تخريجه .



والرهن والاجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات وكالكفاءة في الزواج ، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات ... (١) واستبعد الاسلام الاعراف العربية التي كانت تحقق مصلحة فرد او فئة على حساب الاخرين فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتبارها ملكا له دونها اذا زوجها فالغى القران هذا العرف بقوله تعالى : (وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) (٢) وكان العرف قبل الاسلام لا يعطي الميراث الا لمن يحارب من الرجال ويحرم النساء والاطفال منه فالغاه القران بقوله تعالى : (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون مما قلّ منه او كثر نصيباً مفروضاً) (٣) وبيات الميراث الاخرى .

وكان نظام التبني عرفا سائنا فالغاه القران بقوله تعالى (.. وما جعل ادعياءكم ابناءكم ذلك قولكم بأفواهكم) (٤) لكن التبني بمعنى ان يتولى شخص تربية يتيم او فقير او اي طفل اخر كما في حالة عقم احد الزوجين : أمر محبذ والمربي مأجور عليه عند الله الى ان يبلغ فعندئذ يجب ان يستقل عن هذه الاسرة لحرمة الاختلاط ما لم يحصل التزاوج بين هذا المتبني وبين اولاد المربي ولا يثبت التوارث ما لم يعترف بنسبه وهو مجهول النسب .

كذلك استبعد الاسلام المعاملات المالية التي فيها الضرر وتحقيق المصلحة لاحد المتعاقدين على حساب الاخر او التي فيها الضرر للمجتمع .. فنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن عادة تلقي الركبان (٥) ، وعن بيع الحاضر لباد (٦) ، وعن النجش (٧) ، وغير ذلك من كثير من العقود المضرة بطرق من اطرافها او بالمجتمع .

١. عاقلة الجاني : من بهم التناصر عرفا ، فهذه كانت قاعدة عرفية عند العرب فنظمها الاسلام وطورها ووسع مفهوم العاقلة يشمل ديوان الجند وكل مؤسسة ينتمي اليها القاتل قتلا خطأ . وكانت الدية الف دينار ، او عشرة الاف درهم ، او مائة ايل ، او مئتي بقرة او الف شاة او ما يحل محل ذلك حسب الظروف والزمان والمكان .
٢. النساء / ٤ النحلة العطية .
٣. سورة النساء / ٧ .
٤. الاحزاب / ٤ .
٥. هو استقبال من يأتي محصوله الحيواني او الزراعي لبيعه بسعر السوق في البلد ، وشراؤه قبل ان يدخل السوق او يصرف السعر .
٦. هو ان يصير من في البلد سمسارا لمن اتى بمحصوله من الارياض والقرى او ينوب عنه في البيع بصورة تدريجية ويسعر اغلى .
٧. النجش بفتح النون ويسكون الجيم الزيادة في ثمن السلعة لا ليشتريها بل ليغري بذلك غيره .

٤- **المعقول** : العرف غالباً مبني على اساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الانسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك ، والاحكام التي انزلها الله لعباده صالحة لكل زمان ومكان فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة فلو لم تتأثر الاحكام المبنية على الاعراف والعادات في استنباطها ببيئة الناس ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره لادى ذلك الى الضيق والحرج المرفوضين من قبل الشريعة الاسلامية بنصوص من الايات القرآنية منها قوله تعالى : ( ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم ) (١) ( يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ) (٢) ، وهذا لا يعني ان الاعراف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة فتحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي يعطيه ، وانما يعني ان من النصوص ما هو قواعد عامة يمكن تطبيقها حسب ظروف الناس واحوالهم ، ومنها ما هو معطل بمصالح خاصة تدور معها وجودا وعندما (٣)

## شروط العمل بالعرف :

يشترط للحكم بمقتضى العرف ان تتوافر فيه الشروط التالية :

١- ان يكون صحيحاً اي لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعد الاساسية ، فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي بناء الاحكام على العرف الفاسد لان المبني على الفاسد فاسد .

١. المائدة / ٦ .

٢. البقرة / ١٨٥ .

٣. قال الشاطبي (الموافقات ٢ / ٢٨٦ وما بعدها) : (والعوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية سواء اكانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو اذناً أم لا . اما المقررة بالدليل فامرأها ظاهر واما غيرها فلا يستقيم اقامة التكليف الا بذلك ثم يقول الشاطبي : لما قطعنا بان الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بانه لا بد من اعتاره العوائد لانه اذا كان التشريع على وزن واحد دل على جريان المصالح على ذلك ، لان اصل التشريع سبب المصالح والتشريع دائم فالمصالح كذلك وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع ثم يمضي قائلاً : ان العوائد لو لم تعتبر لادى الى تكليف ما لا يطاق وهو غير جائز او غير واقع ، وذلك ان الخطاب اما ان يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما اشبه ذلك من العادات المعتبرة في توجيه التكليف اولاً ، فان اعتبر فهو ما اردنا وان لم يعتبر فمعنى ذلك ان التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر وعلى من له مانع ومن لا مانع له وذلك عين تكليف ما لا يطاق) .

لكن ما الحكم اذا تعارض الناس عقدا من العقود الفاسدة او تصرفا من التصرفات الفاسدة بدافع من دوافع ضروريات الحياة كانتقاع البائع بداره بدون مقابل بعد البيع بان يشترط على المشتري حين البيع ان يبقي فيها مدة سنة او اقل او اكثر بدون اجرة وبدون ان يكون ذلك مقابل جزء من الثمن فيضطر المشتري الى قبول هذا الشرط الفاسد المفسد ، وكالتعامل بالعربون (١) تحت ضغط العرف السائد وكانتقاع الدائن المرتهن بالعين المرهونة ، وكبيع الوفاء (٢) وكاضطرار اهل الميت الى تقديم الطعام للناس تحت ضغط العادات الفاسدة ومثل ما يسمى (سرقفلية أو بدل الخلو) الى غير ذلك من الاف الاعراف والعادات الفاسدة .

الجواب على هذه الاسئلة ، ان من واجب الدولة مكافحة الاعراف الفاسدة وما يبني عليها من المعاملات والتصرفات الفاسدة واذا لم تقم الدولة بذلك وبقي الفرد مضطراً تحت ضغط العرف الفاسد الى الاقدام على التعامل فهل يسأل ديانة اذا لم يسأل قضاء ؟

اجاب القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى : (.. فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وان الله غفور رحيم) (٣) (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم) (٤) ، (.. فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم) (٥) .

١. على وزن عصفور او حلزون، وفيه تعابير اخرى منها اربون ، وعربان واربان على وزن قربان ، وهو في الاصطلاح قيام المشتري او المستأجر بدفع جزء من البديل المتفق عليه على انه جزء من الثمن او الاجرة اذا تم العقد والافيعة جزء نكول الدافع فلا يحق له استرداده .

واختلف في حكمه فقهاء الشريعة: فقال بمنعه جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية (المغني ٤ / ٢٥٧، وقليبوي وعميرة ٢ / ١٨٦ ، ونيل الاوطار ٥ / ١٨٣) لانه اكل بالباطل وقد قال تعالى : (لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل) . والمشهور من مذهب الامام احمد جوازه استنادا الى بعض الاثار ، منها ما روي عن نافع بن الحارث انه اشترى من صفوان بن امية دارا لعمر بن الخطاب باربعة الاف دينار واشترط عليه نافع بن رضي عمر فالبيع له وان لم يرض فلصفوان اربعمئة درهم ، والافقه بظننا هو عدم جواز التعامل بالعربون لانه كسب بدون سبب في حالة عدم استرداده ، فان كان هناك ضرر فجزاؤه التعويض العادل . وقد عدل المشرع الاردني في المادة (١٠٧) من القانون المدني الاردني عن الأخذ برأي الجمهور ، واخذ بالرأي الثاني ، وجاء في المادة المذكورة :- (..... فاذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه رده ومثله) .

٢. بيع الوفاء هو ان يبيع شخص عينا لشخص اخر بثمن معين او بالدين الذي عليه له بشرط انه متى رد البائع الثمن على المشتري او ادى دينه يرد المبيع (١١٨م) المجلة ، تجري في هذا البيع بعض احكام البيع الصحيح وهو ان المشتري قد يملك زوائد المبيع ومنافعه ، وبعض احكام البيع الفاسد وهو ان لكل واحد من العاقدين فسخ البيع ، وتجري فيه احكام الرهن بعد القبض .

٣. البقرة / ١٧٣ .

٤. النحل / ١١٥ .

٥. الانعام / ١٤٥ .

وفي ضوء هذه الايات الكريمة واستناداً الى السماح الواسع للشرعية الاسلامية ارى من الصواب ما ذهب اليه المرحوم شيخ الازهر سابقا الشيخ محمد الخضري من انه (ليس للفقهاء ان يفتي او يقضي ما جرى به العرف المخالف لاصل من اصول الشريعة الا ان تدعو الى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنيًا على مراعاة الضرورة ويخل من قبيل الرخصة التي يقرها الفقهاء على حساب الاجتهاد ، فشأن الفقيه ان ينظر في المعاملات المخالفة لاصل من اصول الشريعة ، فان كانت ناشئة عن ضرورة كان له ان يستثنيها من اصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الاصل ، فان كانت ناشئة عن جهالة او هوى غالب فما له الا ان يفتي بفسادها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة ، ولا يصح ان يجعل ما يجري به العرف الفاسد امرا مشروعاً ، وان يفتي صحته دون ان تدعو اليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها) (١) .

٢- وان يكون العرف مطرداً ، فان كان مضطرباً ان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات اخرى لا يصلح ان يكون مصدراً للحكم والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق (٢) .

٣- وان يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبني عليها حكمها لانه كالقاعدة القانونية ليس له الاثر الرجعي فيجب ان يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف (او الواقعة) ثم يستمر الى زمانه فيقارنه سواء اكان التصرف قولاً ام فعلاً فاذا كان طارئاً على التصرف او حادثاً بعده او كان سابقاً على التصرف وتغيره قبله فلا يعمل به .

٤- وان يكون عاماً في الاحكام العامة : والمعتبر لبناء الاحكام الشرعية هو العرف العام لان العرف الخاص لا يفيد الحكم العام ، والخاص يبني عليه الحكم الخاص باهله كالاتفاق المتعارفة في المعاملات في بلد دون اخر فتجري في كل بلدة على عادة اهلها (٣) .

---

١. وقد نشر هذا في مجلة الازهر تحت عنوان (يراعي العرف في القضاء والفتوى) ونقله الاستاذ المرحوم عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه (ص١٢٥) .

٢. قال السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن) في الاشباه والنظائر (ص١٠١) : (انما تعتبر العادة اذا اطردت فاذا اضطربت فلا) . وفي (م ٢٢٠ / ٢) مدني اردني ك- (وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع (لا للنادر) .

٤٣. لمزيد من التفصيل راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور احمد فهمي (ابو سنة) ص ٦١ وما بعدها ، وفي المجلة (٤١م) انما تعتبر العادة او اطردت غلبت .

٥- وان لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضي العرف ، والا فيقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف ، فاذا اتفق الزوجان في العراق على ان يكون كل المهر مقدما فليس للزوج بعد ذلك ان يطلب من القاضي الحكم بتأجيل بعضه بناء على العرف السائد .

وكذلك اذا اتفقا على ان يكون كل المهر مؤجلا ليس للزوجة الامتناع عن الانتقال الى بيت الزوجية بحجة انها لم تستلم مهرها المقدم ، واذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول او كان العرف يقضي بان مصاريف التصدير على المشتري واتفقا ان يكون على البائع يعمل بالاتفاق دون العرف .

## اهمية العرف :

قلت اهمية العرف بالنسبة للقوانين الوضعية الداخلية بعد ان تحولت اكثر القواعد العرفية الى قواعد قانونية بتشريعها وعلى الرغم من ذلك فان العرف لا يزال يعتبر مصدرا احتياطيا على القاضي ان يلجأ اليه كلما لم يجد نصا يحكم الواقعة المرفوعة اليه (١) ولا تزال الاعراف الدولية تحتل مكانا ساميا في القانون الدولي العام فهي من اهم المصادر التي يستقي منها احكامه .

اما بالنسبة الى الشريعة الاسلامية والفقهاء الاسلامي فان العرف يبقي محتفظا باهميته وتتجلى هذه الاهمية في كثير من المجالات ومنها :

١- يستعين الفقيه ، والقاضي والمفتي في تفسير النصوص بالاعراف السائدة عند نزول هذه النصوص (٢) وعلى سبيل المثال : قال سحانه وتعالى : (يا ايها الذين امنوا لا تأكلوا الربا

---

١. نصت المادة الثانية من القانون المدني الاردني في فقرتيها (٢ و ٣) على :- (٢- فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف .....).

٢. قال السرخسي (ابو بكر محمد بن احمد) في المبسوط (١٦/٦٢) : من كتاب اداب القضاء : (واقرب ما قيل في حق المجتهد ان يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه ومعانيها ، وان يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس). وقال الشاطبي المرجع السابق (٣/٣٥١) : (لا بد لمن اراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في اقوالها وافعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لان الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعذر الخروج منها الا بهذه المعرفة) .

اضعافا مضاعفة) (١) ، فقيد (اضعافا مضاعفة) ليس له مفهوم المخالفة ، وبالتالي لا يدل على ان هذا النوع من الربا هو المحرم وما عداه ليس بمحرم ، لان الآية جاءت لتعبر عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عاداتهم في التعامل بالربا حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول أجل دينه زدني في المال ازيدك في الاجل فيضطر المدين ان يفعل ذلك (٢) .

## ٢- على القاضي ان يراعي العرف في القضايا التالية : (٣) .

١- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكذبها في العرف والعادة كمضي مدة التقادم ، فقال فقهاء المسلمين فاذا ترك المدعي المطالبة بحقه مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به ، على القاضي ان يرد هذه الدعوى ، وقدروها في ضوء اعراف زمنهم (٢٣) سنة في دعاوى اموال الميراث (المطالبة بالحق في التركة) واموال الوقف ، وقدروها في غير الارث والوقف بـ (١٥) سنة ويرى المالكية ان دعوى المطالبة بالعقار تسقط (أي لا تسمع) بمضي (١٠) سنوات استنادا الى ما روي من ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال : (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) (٤) .

١. ال عمران / ١٢٠ .

٢. في تفسير الفخر الرازي ٥ / ٢ : (كان الرجل في الجاهلية اذا كان له على انسان مائة درهم الى اجل فاذا جاء الاجل ولم يكن المدين واجدا لذلك المال قال زدني في المال حتى ازيد في الاجل ، فربما جعله مائتين ، ثم اذا حل الاجل الثاني فعلى مثل ذلك ثم الى اجال كثيرة فيأخذ بسبب تلك المائة اضعافها ، فهذا هو المراد من قوله (اضعافا مضاعفة) .

٣. في المجلة (٤٢م) المعروف كالمشروط (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) (م٤٤) (التعين بالعرف كالتعين بالنص) (م٤٥) .

٤. بنى فقهاء المالكية قولهم بالحيازة والتقدم على حديثين متعارضين مرسلين لم اطلع عليهما في كتب الحديث المعتمدة وهما:

١- ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم من انه قال (لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم (شرح الخطاب ٦/ ٢٢٤) .

٢- وثانيهما ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من انه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) وفي رواية ثانية :

(من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو احق به) ، وفي رواية ثالثة (من حاز شيئاً على خمسة عشر سنين

فهو احق به منه) ، وفي المدونة (١٣ / ٤٢ / ٤٣) : (من ربيعة انه اذا كان الرجل حاضراً وماله في يد غيره

فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك كان المال الذي هو في يده لحيازته اياه عشر سنين الا ان يأتي الآخر

بالبيئة على انه اكرى او سكن او اعار عارية او صنع شيئاً من هذا والا فلا شيء له) .

لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع كتاب (الحيازة والتقدم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون

الوضعي) للدكتور محمد عبد الجواد محمد ص ٥٢ وما بعدها .

ونصت المادة (٤٤٩) مدني اردني على انه : (لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على

المنكر بانقضاء خمسة عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة) وراجع كذلك

المواد ٤٥٠ - ٤٥٢ من القانون المذكور .

ب- ان يحكم في ضوء المعاني العرفية للالفاظ الواردة في صيغ العقود والدعاوى (١) .

ج- عند التخاصم وعدم البيينة على القاضي ان يرجح رأي من يؤيده العرف بعد تحليفه لانه متمسك بالظاهر وبما هو الاصل فاذا اختلف الزوجان في متاع البين (الاثاث) يرجح قول من يتفق مع عرف بلده بعد تحليفه ، لانه وان كان لكل واحد منهما يد على اثاث البيت لكن يد من شهد له العرف اقوى ، وكذلك يقضي للزوج ما يختص به عرفا كالسلاح والفرس ... وللزوجة بما يختص بها عرفا كالحلي (٢) .

٣- يحكم العرف في الوقائع ( العادة محكمة ) (٣) : العرف معيار يرجع اليه القاضي في تطبيق الاحكام المطلقة كالنفقة (٤) ،

١. (ترك الحقيقة بدلالة العادة) (م ٢٢٠ / ٣) مدني اردني، و (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) (م ٢٢٦) ، مدني اردني . قال ابن فرحون (تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ٦٠/٢ وما بعدها) : (اذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة وادعت انه لم يتفق عليها ، فذهب مالك واحمد ابن حنبل رحمهما الله انه لا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دعواها انه لم يكسبها فيما مضى من الزمان لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها . وهذا هو قول اهل المدينة وهو الحق الذي لا شك فيه ... وكذلك اذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة او الثمن فالاصل بقاء الثمن بيد المتبايع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك الا بيينة او عرف كالسلع التي تجري العادة ان المشتري يدفع ثمنها منها مقدما كاللحم والخضر ونحو ذلك فيحكم في ذلك بالعرف والعادة .

ومن ذلك الحكم بمقتضيات الالفاظ في البيع كقول البائع بعتك هذه الارض بكذا ولم يزد على هذا فان هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبنا والاشجار وهذا بحكم العرف، ولفظ الدار والشجر يشمل الثوابت كالبواب والرفوف، ومن ذلك اذا خلا بزوجته خلوة اهتداء وادعت انه دخل بها فالقول قولها للعرف والعادة ان المرأة اذا خلا بها الزوج اول مرة لا يصبر على وطئها فالخلوة شاهد لها بدعواها) .

٢. انظر تبصرة الحكام المرجع السابق ٥٧ / ٢ وما بعدها .

٣. المجلة المادة (٣٦) والمادة (١٦٤ / ١) من القانون المدني العراقي (العادة محكمة عامة كانت او خاصة) وتقابلها (م ٢٢٠ / ١) مدني اردني .

٤. يرجع القاضي في معرفة نوع النفقة : ومقدارها الى عرف بلد الزوجين مع مراعاة حالتها المالية والاجتماعية عند تطبيق القاعدة الشرعية الكلية الواردة في قوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) سورة الطلاق / ٧ قال الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوجة ابي سفيان حين اشتكت في شحته (البخل مع الحرص) : (خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف) ، وكان ابو سفيان معروفا بالبخل لذا صدقها الرسول ولم يطلب البيينة ، وكذلك احوالها الى العرف في اخذ ما يكفيها ويكفي ولدها .

والكفاة (١) والروية الموجبة للخيار (٢) ، والعيب الموجب للخيار (٣) حجم ونوع التعازير (٤) ، وفي الضمان وعدمه عند هلاك الودائع ، (٥) وفي استنتاج الباعث الدافع (٦) وفي مالا ضبط له (شرعاً) كالحيض والبلوغ وغير ذلك من الامور التي يمكن عن طريق تحكيم العرف الوصول الى الحكم العادل فيها .

٤- التعبير عن الارادة بالافعال يعتد به الشرع والقانون بدليل العرف كالبيع والشراء بالمعاطاة فانها تدل على الرضا عرفاً (٧) ، وكفتح ابواب المحلات العامة تعبيراً عن الانن بدخولها ، وك تقديم الطعام للضيف فانه اذن له عرفاً يتناوله له .

٥- تغيير الاحكام المتأثرة بالاعراف بتغيرها : وهذا هو المراد بالقاعدة المعروفة : ( لا ينكر تغيير الاحكام بتغير الازمان ) (٨) ، من تطبيقات هذه القاعدة في الشرع الاسلامي ما يلي :

١. الكفاة شرط من شروط لزوم الزواج عند جمهور الفقهاء ، فالقاضي يرجع الى عرف البلد فيما يعتبر من باب الكفاة وما لا يعتبر مستعينا باهل الخبرة ، فاذا زوجت امرأة نفسها من غير كف في عرف البلد بدون اذن وليها صح العقد عند بعض الفقهاء ، كالحنفية ، ولأوليائها حق الاعتراض وطلب الفسخ دفعا لضرر العار عنهم . والصفات المعتمدة في الكفاة - باستثناء الدين - يقرها العرف .
٢. من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الاصلي من المبيع . اي المقصود بها العلم الحادث باحدى الحواس الخمس لا بالعين الباصرة فقط .
٣. يستعين القاضي بالعرف في معرفة حجم العيب ومدى تأثيره على نقص المال وقيمته .
٤. التعازير عقوبات تقدرها السلطة التشريعية الزمنية وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وفق الاعراف السائدة في كل بلد ، يقول القرافي (الفروق ٤ / ١٨٤) : (فرب تعزير في عصر يكون اكراماً في عصر اخر ، ورب تعزير في بلد يكون اكراماً في بلد اخر) .
٥. يرجع القاضي في ضمان الودائع والامانات لمعرفة حرز مثلها وتقدير العناية اللازمة لحفظها وبالتالي تقدير التقصير وعدمه الى العرف .
٦. يستعين القاضي بالقرائن العرفية في استنتاج القصد الجنائي في الجنائيات ، والباعث الدافع في المعاملات والاحوال الشخصية ، فاذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها ثم طلقها بعد زمن غير طويل وطالبت بالمهر بحجة ان الباعث الدافع الى الهبة كان استدامة العلاقة الزوجية على القاضي ان يحكم برد المهر بعد تحليفها لان العرف يؤيدها .
٧. انظر المادة (٩٣) من القانون المدني الاردني .
٨. المجلة المادة (٣٩) . وقد ذكرنا ان التغيير يجب ان يحمل على التبدل لان حكم الله لا يتغير بل له احكام متعددة في قضية واحدة كل لظرف معين .



أ- التسعير : النص قد يكون معللا بالعرف او بعله مرجعها العرف ثم تغيير العلة بتغيير العرف فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص .

قال اهل المدينة المنورة للرسول صلى الله عليه وسلم : غلا السعر في المدينة فسعر لنا ، قال : ( ان الله هو المسعر (١) القابض (٢) الباسط (٣) الرزاق ، اني لارجو ان القى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة من دم ولا مال (٤) ) .

فامتناعه عن التسعير واعتباره إياه ظلما كانا مبنيين على اساس أن الغلاء كان ناتجا عن قلة الانتاج وكثرة الطلب (قانون العرض والطلب) فالعرض كان قليلا لقلة الانتاج ولما تغيرت الاعراف وتبدلت النفوس فمالت الى الجشع والاستغلال والكسب على حساب المستهلك افتمى فقهاء التابعين (٥) بضرورة تسعير المواد رعاية لمصلحة المستهلكين ومكافحة للجشع والاستغلال .

ب- سئل الرسول صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال للسائل (مالك ولها دعها فان معها حذاهما وسقاهما ترد الماء وتاكل الشجر حتى يجدها ربها) (٦) وسأله عن شاة فقال : خذها فانما هو لك او لاخيك او للذئب) (٧) ومضى الامر على هذا النمط طوال عهد الرسالة وخلافة ابي بكر وعمر (رض) فكانت الابل الضالة تترك على ما هي عليه لا يأخذها احد حتى يجدها صاحبها وذلك اتباعا لامر الرسول وكالابل كان حكم البقرة لقدرتها على حماية نفسها .

ولما تغيرت الظروف بعد ذلك وظهرت عادة طمع الناس في مال الغير وامتداد ايديهم اليه امر عثمان بن عفان (رض) بأخذها وتعريفها ثم بيعها وحفظ ثمنها فاذا جاء صاحبها اعطي له الثمن .

ثم تغيرت الحال في خلافة سيدنا علي بن ابي طالب (رض) فأمر ببناء مرید للضوال والانفاق عليها من بيت المال حتى يأتيها صاحبها ويقيم البينة على انه صاحبها فيأخذها . (٨)

١ . يعني يفعل ذلك بارادته .

٢ . المضيق .

٣ . الباسط : الموسع ، (اني لارجو ان القى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال) ، رواه الخمسة الا النسائي واسناده ، واسناده على شرط مسلم وصححه الترمذي ، سبل السلام ٢ / ٣٢ .

٤ . رواه الخمسة الا النسائي ، واسناده على شرط مسلم وصححه الترمذي ، سبل السلام ٢ / ٣٢ .

٥ . سبل السلام ٣ / ٢٥ .

٦ . اخرجه البخاري ، كتاب اللقطة ، باب ضالة الابل ، فتح الباري ٥ / ١٠٠ وما بعدها ، صحيح مسلم ، كتاب اللقطة ١٢ / ٢٦٣ .

٧ . حديث متفق عليه ، نيل الاوطار ٥ / ٣٣٨ .

٨ . المنتقى ٧ / ٦٨ .

ج- منع عمر بن الخطاب المؤلفة قلوبهم من حصة موارد : الزكاة لتخلف العلة بتغير الزمن وهي حاجة الاسلام الى استمالة قلوب هؤلاء وليس هذا من باب النسخ كما زعم البعض وانما هو توقف العمل بالنص لتخلف العلة .

د- التضمنين في غصب منافع الاموال : لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان المعتدي على منافع الاعيان باستيفائها او تعطيلها اثم عند الله فيسأل ديانة ، لكن اختلفوا في مسألته قضاء : قال الجمهور بتضمنين اجر المثل ، وقال المتقدمون من فقهاء الحنفية بعدم التضمنين (١) .

ثم لما تغيرت الاعراف وفسد الزمان ومالت النفوس الى التجاوز على حقوق الغير اضطر المتأخرون من فقهاء الحنفية للحكم بالتضمنين في منافع بعض الاموال (٢) حماية لحقوق الناس ومع تقديرى لمكانة فقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم فان قولهم بعدم مالية المنافع على اساس تجدها ناشيء عن خلطهم بين المنفعة والانتفاع والثاني هو الذي يتجدد بتجدد الزمان اما منفعة الشيء فهي قدرته على اشباع الحاجة وهي طاقة كامنة فيه ولا تتجدد بتجدد الزمان وانما تستهلك بمرور الايام شأنها شأن أي مال آخر وقيمة الشيء تقدر في ضوء هذه الطاقة الكامنة وبناءً على ذلك لا مبرر لتأويلات جواز التعامل بالمنافع وتضمنينها ..

هـ- عدم حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان : قال المتقدمون من فقهاء الشريعة بجواز حكم القاضي بعلمه مع الاختلاف في التفصيل فقال بعضهم : كابي حنيفة ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة بخلاف حقوق الادميين . وقال بعضهم كالشافعي وابي يوسف ومحمد في احد قوليه - يحكم بعلمه في كل شيء .

- 
١. وجه قولهم : ان الغصب انما يرد على المال والمنافع ليست مالا لعدم امكان ادخارها لان من عناصر مالية الشيء ان يمكن ادخاره ، وعلى تقدير ورود الغصب عليها لا يمكن ضمانها لانها اما ان تضمن بمثلها صورة ومعنى فهو غير ممكن او بمثلها معنى (اي يقيمها) بان تضمن بالاعيان (النقود) فهو ايضا غير ممكن ، لان من شروط الضمان قيام المائلة المالية ، والمنافع ليست بمال فلا تماثل بينها وبين القيمة لا صورة ولا معنى .
  ٢. كأموال الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال (كالعقار ، والدور ، والحوانيت والحمامات والفنادق ، والمخازن ، والدكاكين والسيارات والدواب التي تستخدم للاجرة ونحو ذلك) ، ووجه افتائهم هو تغير الاعراف والنفوس وطمع الناس في اكل أموال الغير بالباطل .

وفرق البعض بين علمه قبل تولي القضاء فلا يحكم به وبين علمه في ولايته فيحكم به لان علمه في الحالة الاولى بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته القضائية ، وما علمه في الحالة الثانية بمثابة ما سمعه من الشهود في ولايته . (١) ولما تغيرت الظروف والاعراف وفسد الزمان قال المتأخرون من الفقهاء ان علم القاضي لا يكون طريقا للقضاء في جميع الحوادث لفساد الزمان بحيث اصبح القاضي مشكوكا في صدق دعواه العلم بالحادثة متهم في قضائه بعلمه . (٢)

و- ومن الشواهد الواقعية على تغير الاحكام الاجتهادية بتغير الاعراف او اختلافها ما للشافعي (رح) من مذهبين المذهب القديم المبني على اعراف العراق والمذهب الجديد المبني على اعراف مصر والمقلدون لمذهبه يعملون بالجديد اذا تعارض مع القديم .

ز- ومن الشواهد ايضاً اقوال الفقهاء المعروفين بفهم روح الشريعة الاسلامية ومنها :

جواب القرافي (٣) عن السؤال : (الاحكام المترتبة على العرف في المذاهب هل يفتي بها كما هي او تتغير تبعاً لتغيره) : ان جرى هذه الاحكام التي مدرکہا العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة .

وقوله : (الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب في الاعراض في المبيعات . فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط فاسقطه ولا تجمد على السطور في الكتب طول عمرك بل اذا جاءك رجل من غير اهل اقليمك يستفتيك لا تجده على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات ابداء ضلال في الدين وجهل

---

١ . المغني لابن قدامة ٩ / ٥٢ وما بعدها ، المطي ٩ / ٤٢٧ وما بعدها .

٢ . قال استاذنا (ابو سنة) المرجع السابق (ص١٢١) : نقلا عن الحموي ان محمداً الشيباني رجع عن رأيه الاول الى القول بعدم جواز حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان ، وقال في الاشباه وجامع الفصولين ان الفتوى على عدم الجواز .

٣ . الامام العلامة شهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي (رح) : الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام (ص٦٨) السؤال (٣٩) .

بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين) (١) ، وقول ابن قيم الجوزية (٢) تحت عنوان فصل في تغير الفتوى واختلافها بحس تغير الأزمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد : (بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد : هذا فصل عظيم النفع جدا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة اوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم ان الشريعة الباهرة التي في اعلى رتب المصالح لا تأتي به فان الشريعة مبناها واساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة كلها الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل) .

---

١ . الفروق للقرافي مطبعة دار احياء الكتب العربية ١ / ١٧٦ - ١٧٧ .

٢ . شمس الدين أبو عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) : اعلام الموقعين عن رب العالمين مطبعة النهضة الجديدة ١٣٨٨ هـ ٢ / ٣ .

# الفصل الثالث

## الأدلة التبعية النقلية المختلف فيها

وهي قسمان : قول الصحابي ، وشرع من قبلنا ، ونخصص لكل منهما مبحثاً

### المبحث الاول

### حجية قول الصحابي

**الصحابي . الخلاف في حجية قول الصحابي، تحديد محل الخلاف، تطبيقات قول الصحابي :**

**الصحابي قيل في تعريفه تعاريف كثيرة أفقها هو أن الصحابي كل من لقي النبي صلى الله عليه وسلم وأمن به ولازمه فترة زمنية بحيث يطلق عليه عرفاً أسم الصحاب ، ومات مومنأ .**  
**حجية قول الصحابي** اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في هذه المسألة على آراء كثيرة اهمها ما يلي :

١- أنه حجة مطلقاً ويقدم على القياس عند التعارض ، لأن قوله إن كان من سماع من الرسول صلى الله عليه وسلم فهو من باب العمل بالسنة (١) ، وإن كان عن رأي فرائهم أقوى من رأي غيرهم لأنهم شاهدوا طريق النبي صلى الله عليه وسلم في بيان الأحكام ، والأحوال التي نزلت فيها النصوص، والمحال التي تتغير باعتبارها الأحكام (٢) ، ولما يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه قال «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» (٣) .

٢- ليس بحجة مطلقاً لأنهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع لم يكونوا معصومين ولا يوجد نص ثابت على وجوب إتباعهم ، ومذهب (أو قول) الصحابي ليس في الواقع سوى اجتهاد فلا يعد في عداد المصادر (الأدلة) الشرعية وشأنهم شأن غيرهم من المجتهدين (٤) .

٣- أنه حجة أن خالف القياس وإلا فلا ، لأن الظاهر في مثل هذه الحالة أن يكون ذلك من سماع الرسول صلى الله عليه وسلم فهو من قبيل السنة حيث لا يوجد له سوى السماع أو الكذب ، والكذب عنهم منتف بل مخالفته للقياس تحمل غالباً على أنها كانت لنص أطلع عليه ، اما إذا لم يخالف القياس فأمكن ان يكون عن اجتهاد ويحتمل الخطأ والصواب كأجتهاد غير الصحابي (٥) .

- 
١. الامدي الاحكام ٣ / ١٩٥ ، مشكاة الأنوار في اصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم ٢ / ١٤٠) ، تيسير التحرير مع التحبير ٢ / ١٢٢ .
  ٢. طلعة الشمس على الألفية في اصول الإباضي للسالمي ٢ / ٦٢ ، البرهان لإمام الحرمين ٢ / ١٣٥٢ .
  ٣. المسودة في اصول فقه الحنبلي لآل تيمية ، ص ٣٣٦ وما بعدها .
  ٤. التبصرة في اصول الفقه لأبي اسحاق الشيرازي ، ص ٣٩٥ وما بعدها .
  ٥. وقد اقل الرسول صلى الله عليه وسلم في زيد بن ثابت (افرضكم -أي أعلمكم بعلم الميراث- زيد بن ثابت) أخرجه ابن عبد البر ، الاصابة ١ / ٥٦٢ .

٤- حجة على غير الصحابي . وهناك آراء أخرى (١) .

## تقويم الآراء

الآراء الخلافية المذكورة وامثالها التي ذهب اليها بعض الأصوليين والفقهاء منها شكلية (لفظية) كالخلاف بين الرأيين الأول والثاني ، لأن من قال (انه ليس بحجة مطلقاً) أراد الحجة الملزمة لغيره والمنشأة للحكم الشرعي بأعتبره دليلاً شرعياً ومصدراً للحكم ، والحجبة بهذا المعنى لا نجد لها إلا في الكتاب والسنة الثابتة والإجماع الصريح .

أما الذي قال (انه حجة مطلقاً) قصد بالحجبة شرعية الإستناد إليه والتمسك به في حالة عدم وجود النص تمسكاً اختيارياً ، فهو ليس حجة ملزمة كالقرآن والسنة والإجماع ، إنما هو مصدر كاشف لحكم مصدره الحقيقي غيره ، شأنه شأن بقية المصادر الكاشفة المختلف فيها ، ومنها ما مضى عليه الزمن وأنتهى وقته وأصبح مجرد تأريخ لا يوجب المناقشة كالرأي الأخير ، ومنها ما يدل على ان الحجبة ليس في قول الصحابي ذاته بل في النص الذي اطلع عليه الصحابي كما في الرأي الثالث (٢) .

## تحديد محل الخلاف

عند الكلام في هذه المسألة يجب قبل كل شيء أن يحدد ما هو مناط الخلاف وما يقبل الخلاف وما لا يقبل كالاتي :

### أولاً - التمييز بين الصحابي الفقيه والصحابي غير الفقيه :

كان الصحابي من فقهاء الصحابة يُتمسك بقوله لا مجرد كونه صحابياً ، وإنما لأنه يحمل ملكة فقهية مكتسبة من مصاحبة الرسول صلى الله عليه وسلم ، فالصحابي غير الفقيه لم يقتصر الأمر على عدم العمل بقوله فحسب ، بل لم يعمل بروايته أيضاً إذا انفرد بها وخالف بروايته دليلاً شرعياً من كتاب او سنة او قياس ، وهناك شواهد كثيرة على ذلك منها أن عمر بن الخطاب (رض) رد رواية فاطمة بنت القيس حين قالت أن زوجها طلقها والرسول صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ، فرد عمر (رض) كلامها فقال (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ، أحفظت أم نسيت) (٣) ، مع أن فاطمة كانت صحابية ، وكرد علي بن أبي طالب (رض) لحديث معقل بن

١. منها قول الشافعي أنه حجة إذا انضم إليه قياس تقريب جمع الجوامع ٢ / ٢٣٥ .

٢. قال الآمدي ، الأحكام ٣ / ١٩٥ (قول الصحابي إذا كان عن نص فالمصدر هو النص وإن كان عن اجتهاد فهو كأي مجتهد آخر يستند الى دليل من الأدلة الشرعية ، وأن لم يعارضه أحد يكون إجماعاً سكوتياً ، فالمصدر هو الإجماع وليس قول الصحابي .

٣. سبق تخريجه . كشف الأسرار مع أصول البزدوي ٢ / ٧٠٩ .

سنان الأشجعي وأبن الجراح صاحب راية الأشجعين حين قالاً لأبن مسعود (نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك) (١) ، فقال علي (رض) (ما نضع بقولي أعرابي بوال علي عقيبه) (٢) .

ولما تقدم أمكن القول أن الخلاف منحصر في حجية قول الصحابي الفقيه .

## ثانياً - تحديد معنى الحجية :

هل المراد بها البرهان القاطع، وهذا ما لا نجده إلا في نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، أو المستمسك الشرعي كالقياس يجوز الإستناد إليه عند عدم وجود النص، وهذا يجب ان لا يكون فيه الخلاف ، فيجوز للقاضي أن يستند إليه وللمفتي أن يفتي في ضوئه، وللمشرع أن يشرع على أساسه إذا كان الصحابي فقيهاً كزيد بن ثابت وأبن عباس وغيرهم .

## ثالثاً - التمييز بين حجيته على مجتهده آخر من صحابي أو غيره وبين حجيته على عامي قلدته:

لأنه إذا كان قول المجتهده غير الصحابي حجة على مقلده فإن قول الصحابي الفقيه يجب أن يكون كذلك من باب أولى، لأنه صحابي ومجتهده فيزيد على غيره من المجتهدين من أئمة المذاهب بصفة مصاحبته للرسول صلى الله عليه وسلم . فانحصر الخلاف في مدى حجية قول الصحابي الفقيه على المجتهدين من غير الصحابة.

## رابعاً - التمييز بين قول صحابي حكم به القاضي وبين ما لم يحكم به :

فأنه في الحال الأولى حجة على كل من المحكوم له والمحكوم عليه لأن حكم القاضي يرفع الخلاف في كل مسألة خلافية .

## خامساً - التفريق بين قول صحابي لم يعارضه غيره وبين قول عارضه فيه غيره :

فهو في الحالة الأولى بمثابة الإجماع السكوتي ، أي قولاً لكل الصحابة بدلالة ضمنية للسكوت على ذلك ، فيعتبر دليلاً ظنياً يجب العمل به في الاحكام العملية .

---

١ . قضى عبد الله بن مسعود (رض) في امرأة مات زوجها قبل أن يدخل بها وقبل أن يحدد لها المهر بأن لها الميراث ومهر مثلها لاوكس ولا شطط ، وعارضه علي بن أبي طالب (رض) فقال (لها الميراث ولكن ليس لها مهر المثل) .  
٢ . سبق بيان هذا الموضوع في موضوع شروط العمل بحديث الآحاد ، ص .

## سادساً - التفريق بين قول صحابي

مبني على رعاية مصلحة مؤقتة أنقضت وانتهى مفعول القول بإنهاء المصلحة ، وبين ماهو مبني على رعاية مصلحة عامة مستمرة لم تعارض بمصلحة أقوى منها ، ترجع الى المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية من مصلحة الحفاظ على الدين والحياة والعرض والمال والعقل . ففي هذه الحالة يجب العمل به .

## صور من تطبيقات حجية قول الصحابي

أنتقل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الرفيق الاعلى تاركاً وراءه نخبة من فقهاء أصحابه هم تلاميذ مدرسته ، وعلماء اسرار شريعته ، وخبراء أسباب نزولها وأصحاب ملكات فقهية مكتسبه من المصاحبة وظروف الرسالة ، وقد واجهوا صعوبات وحوادث كثيرة خطيرة مستجدة تمكنوا من التغلب عليها تارة باللجوء الى القرآن والسنة ومرة بإستخدام العقل السليم والاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه ، وأخرى بالتشاور والاستشارات ثم الإتفاق على رأي سمي في إصطلاح الفقهاء إجماعاً وأعتبر مصدراً ثالثاً بعد القرآن الكريم والسنة النبوية .

ثم أنهم عللوا النصوص وحلّلوا دلالاتها ووعوا أهدافها من الحِكم والمصالح المتوخاة من تشريعها ، وكلما وجدوا نصوصاً مطلقة لم يكن إطلاقها مراداً قيدها ، وكلما أطلعوا على صيغ عامة لم يقصد عمومها خصوصها . وحين أدركوا أحكاماً معللة ومصالح وحِكم وسعوها وطبقوها في كل مجال تتوافر فيه هذه العلل والمصالح ، ويعكس ذلك أوقفوا العمل ببعض النصوص عندما وجدوا تخلف عللها أو معارضتها بعلّة أقوى منها أيماناً منهم بأن الأحكام الالهية أتت لتحقيق مصالح الانسان من جلب المنفعة او دفع المفسدة ، فهي تتبدل وتتغير بتغيرها مع بقاء أصل النصوص ثابتة لا يطرأ عليها تبديل او تعديل .

ويهذا النهج العلمي السليم ، وبهذه العقلية الفقهية المتميزة ، وبذلك الفهم العميق للصلة بين الشريعة وبين الحياة . تمكنوا من أن يصنعوا لمن يلي بعدهم أسساً عامة وقواعد كلية ممثلة بأقوالهم وفتاواهم وأقضيتهم ، ولما جاء فقهاء التابعين وأئمة المذاهب الفقهية الجماعية وجدوا الطريق معبدة امامهم ، ومعالم الشريعة محددة لهم فبنوا على تلك الأسس والقواعد جل فقههم وتركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو استثمرت لأصبحت مصدراً خصباً لا للقوانين الإسلامية فحسب بل للقوانين الوضعية لدول العالم بأسرها .

ومن الشواهد الدالة دلالة قطعية على ما قلنا من الحقائق المذكورة الصور الآتية من التطبيقات الفقهية المبنية على أقوال الصحابة .



## أ- قتل الجماعة بواحد

قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب (رضوان الله تعالى عليهما) بوجوب تطبيق عقوبة القصاص على أكثر من واحد ، إذا أشرتكم الجميع في قتل شخص واحد مع أن ظاهر قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) (١) يدل على خلاف ذلك ، لكن تبين لفقهاء المسلمين من قول هذين الفقيهين العظيمين من الخلفاء الراشدين أن هذا الظاهر غير مراد ، والدافع الى هذا القول هو حماية أرواح الأبرياء التي تعتبر مصلحة ضرورية من المصالح الضرورية التي هي من مقاصد الشريعة الاسلامية (٢).

## ب- تضمين المقاتل والصناع وغيرهما من الأجير المشترك

قال علي بن أبي طالب (رض) بتضمين المقاتل والصناع وأصحاب الحرف وغيرهم من كل أجير مشترك إذا تلف أو انتقص شيء من أموال أصحاب العمل التي تكون تحت أيديهم ، رغم أن يدهم على تلك الاموال يد أمانة (وليست يد ضمان) ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم ( لا ضمان على مؤتمن) (٣) ، ولفظ (ضمان) نكرة في حيز النفي يفيد العموم .

ومفاد هذه القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كل يد أمانة لا تكون ضامنة لما في حيازتها من المواد الأولية كالأسمنت والحديد والخشب والقماش . وغير ذلك ما لم يكن صاحب اليد متعدياً أو مقصراً في تلفها الكلي أو الجزئي ، غير أن سيدنا علي بن أبي طالب (رض) لما رأى أن النفوس تغيرت وأن ظاهرة الإهمال والتقصير بدت قال بتضمين هؤلاء حماية لمصلحة أصحاب

١. سورة المائدة ٤٥ .

٢. القصاص مقابلة بالمثل وجزاء عادل لا بد فيه من المساواة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بنص قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) ، سورة البقرة ١٧٨ ، وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) ، سورة المائدة ٤٥ . ولكن قد يحدث أن يشترك اثنان فأكثر في قتل نفس واحدة ، فهل يطبق القصاص على الكل ؟ ، فإذا قلنا نعم فأين المساواة التي تقتضي التماثل في الجزاء وتقتض أن تكون النفس بالنفس ؟ . وقد عرضت حادثة من هذا القبيل على فقهاء الصحابة عندما قتلت امرأة وحليها ابن زوجها من زوجة سابقة فلما انكشفت الجريمة وعرضت على يعلى بن أمية بصفته والياً في اليمن (في صنعاء) وقف موقفاً حائراً أمام التوفيق بين أخذ القصاص من كليهما وبين رعاية نص (النفس بالنفس) ، وكتب الى عمر بن الخطاب (رض) بصفته خليفة المسلمين طالباً منه بيان رأيه وقوله في هذه القضية المستعصية عليه ، وقد تسلم عمر (رض) الكتاب بحضور سيدنا علي بن أبي طالب (رض) فتشاوروا وقرروا تطبيق القصاص على كليهما لمصلحة حياة الأبرياء ، لأنه لو علم المجرم أنه لا يقتص منه عند مساهمة الغير لأدى ذلك الى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص ، فكتب عمر (رض) الى يعلى بن أمية وقال له قولته المشهورة (اقتلها فلو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم اقتلهم) ، وأخذت بهذا الاتجاه القوانين الجنائية الحديثة ، ولزيد من التفصيل راجع مؤلفنا (فلسفة الشريعة)، ص ١٧٣ وما بعدها .

٣. نيل الاوطار ٥ / ٢٩٦ . السنن الكبرى للبيهقي ٦ / ٢٨٩ .

المواد الأولية المودعة لديهم لصنع ما هو مطلوب صنعه منها ، وقد قال قولته المشهورة (لا يصلح الناس إلا ذلك) . (١)

## ج- وجوب النفقة والسكنى للمطلقة

قال عمر بن الخطاب (رض) (تجب النفقة والسكنى للزوجة المطلقة خلال فترة العدة سواء كان الطلاق رجعياً أم بانئناً ، سواء أكانت الزوجة حاملاً أم حائلاً) ، ورد قول فاطمة بنت القيس حين ذكرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى (٢) ، فقال (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ، أحفظت أم نسيت ؟ (٣)) . وأخذ بهذا القول بعض الفقهاء (كالحنفية) وتبناه المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية (٤) .

## د- ميراث المطلقة في مرض الموت

قال عثمان بن عفان (رض) (من طلق زوجته في مرض الموت ورثت) (٥) ، وأخذ بهذا القول جمهور فقهاء الشريعة، ولكنهم اختلفوا في المدة المسقطه لحقها في الميراث كالآتي: قال المالكية (٦) والإباضية (٧) (ترث مطلقاً سواء مات زوجها في العدة أم بعدها وسواء تزوجت أم لا، لأن العلة معاملة الزوج بنقيض قصده السيء وهي لا تسقط بالتقادم) .

١. السنن الكبرى للبيهقي ٦ / ١٨٩ ، في التحرير والتيسير ٢٠ / ١٢٣ (وضمن أبو يوسف ومحمد الأجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه كالسرقة بخلاف ما إذا هلكت بالسبب الغالب وهو ما لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والغرق والغارة العامة فإنه لا ضمان فيه عليه وإنما ضمانه بقول علي (رض) .
٢. في المنتقى شرح الموطأ ٤ / ١٠٤ (عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة - طلاقاً بانئناً - وهي غائبة بالشام ، فأرسل إليها وكيه بشعير فسخطته فقال - والله ما لك علينا من شيء - فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال (ليس لك عليه نفقة) ) وفي كتاب اقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحمد بن فرح المالكي القرطبي ص ٧١ (قالت فاطمة خاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة) .
٣. سبق تخريجه . قال في الكشف ٢ / ٧١٠ (أراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم القياس الصحيح فإنه ثابت بالكتاب والسنة ، أو أراد من الكتاب قوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن) ، وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال عمر (رض) (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة) ، ويلاحظ أن آية (لا تخرجوهن من بيوتهن) خاصة بالمطلقات طلاقاً رجعياً ، بقريئة ما جاء في نهايتها من قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) ، والمراد بالأمر استئناف العلاقة الزوجية بالرجعة .
٤. المادة (٧٩) ونصها (تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ) فاطلق الطلاق، والمطلق يجري على إطلاقه، وأوجب النفقة على المعتدة من فسخ أو تفريق وكلاهما يوجب البيوتة الصغرى.
٥. أخرجه مالك ، الموطأ ، باب طلاق المريض ، تنوير الحوالك ٢ / ٩٣ .
٦. في المنتقى شرح الموطأ ٤ / ٨٥ (عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان (رض) من بعد إنقضاء عدتها) ، وفيه أيضاً (من طلق امرأته في مرضه ورثت وأن مات بعد إنقضاء عدتها وإن تزوجت غيره فإن طلقها بنشوز منها أو لعان أو خلع فإن حكم الميراث باق لها خلافاً لابي حنيفة (رح) لان عثمان بن عفان (رض)) ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق) .
٧. شرح النيل وشفاء العليل ٨ / ١٧٨ ، وقالوا (ترث وإن كان الطلاق قبل الدخول) .

قال الحنفية (١) (ترث إذا مات الزوج قبل إنتهاء عدتها ، فإذا أنتهت قبل الوفاة سقط حقها ، لأنقطاع العلاقة الزوجية بعد العدة) .

وقال الحنابلة (٢) (ترث ما لم تتزوج قبل وفاة الزوج وإلا فيعتبر زواجها تنازلاً عن حقها) .

وقال الجعفرية (٣) (ترث ما لم تتزوج وما لم تمض سنة على الطلاق قبل الوفاة وإلا فيسقط حقها) .

وقال الظاهرية (٤) والزيدية (٥) (لا ترث مطلقاً لانقطاع العلاقة الزوجية والطلاق البائن) .

وللشافعية أقوال (٦) مختلفة كل قول يتفق مع رأي من الآراء المذكورة .

ونكتفي باستعراض هذا القدر من التطبيقات الفقهية المبنية على أقوال الصحابة ، فهي قطرة من بحر، فمن راجع المراجع المعتمدة للمذاهب الفقهية الإسلامية وجد أن كل فقيه قد أستند الى كثير من اقوال الصحابة في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية التي استنبطها للوقائع والحوادث في مختلف المجالات للعلاقات البشرية (٧) .

وبعد هذا أو ذاك هل من الأنصاف أن ندخل في مناقشات لا فائدة فيها حول حجية قول

الصحابي ؟ (٨) .

١ . المبسوط للسرخسي ٦ / ١٥٤ .

٢ . المغني لأبن قدامة ٦ / ٣٢٠ .

٣ . الكافي للكلييني ٦ / ١٢٢ .

٤ . المحلى لأبن حزم ١ / ٢٤ .

٥ . روض النضير ٢ / ٢١٦ .

٦ . المذهب ٢ / ١٩ المجموع ، شرح المذهب ١٤ / ٥٠٥ .

٧ . يقول أبن القيم ، اعلام الموقعين ١ / ٢٠ (الدين والعلم والفقه أنتشر في الأمة عن أصحاب أبن مسعود وأصحاب زيد بن ثابت وأصحاب عبد الله بن عمر) ، وقال (الصحابة سادة المفتين والعلماء وكما أن الصحابة سادة الأمة وأنتمتها وقادتها ، فهم سادات المفتين والعلماء) .

٨ . إضافة الى ذلك كله فإن الحجية كما ذكرنا مراراً لا تعنى أن قول الصحابي مصدر منشيء للحكم ، بل هو كاشف يرجع الى العمل بالقواعد الشرعية العامة الواردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية ، فأنكار حجية ارجاع حكم قضية لم يرد بها نص خاص الى تلك القواعد العامة من صحابي فقيه أستوعب أسرار الشريعة وأبعادها ومقاصدها يصطلم مع الواقع الذي أستمر عليه الفقه الاسلامي منذ صدر الاسلام .

# المبحث الثاني شرع من قبلنا

## الآراء الخلافية ، التحليل والإستنتاج ، أهمية الموضوع

شرع من قبلنا هو أحكام الله للأمم السابقة بواسطة الأنبياء والرسل .

**الآراء الخلافية (١)** يعد هذا الأصل من الأصول المختلف فيها ، والأقوال التي قيلت فيه من حيث الاعتبار وعدمه كثيرة أهمها :

- أ- شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه .
- ب- شرع كل نبي سابق ينسخ بشرع من يأتي بعده ما لم يبق دليل على بقاءه .
- ج- ما ورد في القرآن والسنة أو نقله أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة يلزمنا العمل به على أساس أنه جزء من شريعتنا .
- د- ما ورد في القرآن أو السنة من شرع من قبلنا نلتزم به على أساس أنه شرعنا ما لم يثبت نسخه .

## الرأي الأول

أن ما كان شريعة لنبي سابق بات مؤبداً فيما يحتمل التأييد ، فيجب العمل به في كل زمان ومكان بأعتباره شريعة لذلك النبي ما لم يظهر له ناسخ في الشرع الجديد للأدلة التالية :

- أ- الأحكام الإلهية للأمم السابقة وردت مطلقة عن التوقيت والتحديد الزمني، وصفة الإطلاق في الشيء تقتضي تأبيده فيما يحتمل التأييد ، والتوقيت يكون زيادة فيه لا يجوز إثباته إلا بدليل ، فما لم يثبت إلغاؤه بدليل في الشرع اللاحق يبقى ملزماً للكل .
- ب- رسول الشريعة السابقة لا يجرد عن صفة الرسالة ببعث الرسول الذي يأتي بعده . وكذلك شريعته لا تفقد الإلزام بالشريعة اللاحقة ما لم يبق دليل على خلاف ذلك (٢) .

---

١ . لمزيد من التفصيل ، راجع المراجع الآتية : أصول السرخسي ٢ / ٩٩ وما بعدها ، للفقهاء الحنفي الأصولي السرخسي (أبي بكر بن محمد) . شرح الكوكب المنير للفقهاء الأصولي الفتوحى (أحمد بن عبد العزيز) ، ص ١٨٤ وما بعدها . مختصر المنتهى للعالم الأصولي المالكي ابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد ٢ / ٣٨٢ وما بعدها . إرشاد الفحول للعالم الأصولي الزيدي الشوكاني (محمد علي ابن محمد) ، ص ٢٤٠ وما بعدها . الأحكام للأمدى ٢ / ١٨٨ وما بعدها . فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار ٢ / ١٣٩ لأبن نجيم (زين الدين بن إبراهيم) . منهاج البيضاوي ٢ / ٣٥٢ ، روضة الناظر، ص ٨٢ . المسودة لأبي البركات ١٩٣ - ١٩٤ . ٢ . كالحكم المنسوخ في قوله تعالى (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر) ، سورة الانعام ١٤٦ .

ج- القرآن أعتبر الأيمان بكافة الأنبياء والرسل ويكتبهم المقدسة جزءاً من متطلبات أيمان المؤمن في قوله تعالى (والمؤمنون كل آمن بالله وملئكته وكتبه ورسله لا نفرق بين أحد من رسله) (١) ، وهذا يدل على استمرارية الالتزام والإلتزام بالنسبة لاحكام الشرائع السابقة ما لم يثبت نسخها .

## الرأي الثاني

أن شريعة كل نبي تنتهي ببعث نبي آخر يأتي بعده ، فلا يجب العمل بأي حكم وارد فيها مالم يتم دليل من الشرع الجديد على بقاءه (٢) ، للأسباب التالية :

أ- مجيء الرسالة الجديدة دليل على أن الرسالة السابقة كانت مؤقتة بوقت حدد أنتهاؤه ببعث الرسول اللاحق .

ب- توافر أدلة كثيرة من الآيات القرآنية على أن لكل رسول شريعة خاصة به وبمن يبعث إليهم ، وأن لكل أمة منهاجاً تنفرد به هي دون غيرها ، ومن تلك الآيات قوله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً) (٣) ، وقوله تعالى (واتينا موسى الكتاب وجعلناه هدى لبني إسرائيل) (٤) .

ج- ظاهر الآيات القرآنية يدل على إلتزامنا بشريعة محمد (ص) دون غيرها كما في قوله تعالى (من يطع الرسول فقد اطاع الله) (٥) ، وقوله تعالى (إن الدين عند الله الإسلام) (٦) ، وقوله تعالى (ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه) (٧) .

## الرأي الثالث

ما ورد في القرآن والسنة ونقله إلينا أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة من شرع من قبلنا شرع لنا وملتزم بالعمل بمقتضاه ما لم يثبت نسخه بأعتبره جزءاً من شريعتنا الإسلامية لا لأعتبره من الشرائع السابقة .

١. سورة البقرة ٢٨٥ ، كما في قوله تعالى (قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتي النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون) ، سورة البقرة ١٣٦ .

٢. كبقاء القصاص في الشريعة الإسلامية الذي فرض في التوراة ، كما في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) ، سورة المائدة ٤٥ .

٣. سورة المائدة ٤٨ .

٤. سورة الاسراء ٦ .

٥. سورة النساء ٨٠ .

٦. سورة آل عمران ٤٩ .

٧. سورة آل عمران ٨٥ .

## الرأي الرابع

ما أقره القرآن والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا وتلتزم بالعمل به بأعتبره جزءاً من شريعتنا، أما ما نقله أهل الكتاب إلينا أو رواه المسلمون من الكتب السابقة فلا يعتد به لثبوت تحريف الكتب السابقة واحتمال كون المنقول من جملة ما حرفوه (١) .

## تقويم الآراء المذكورة والأستنتاج

لعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء (رحمهم الله) فضل كبير على العالم الإسلامي في أنهم لم يغادروا صغيرة ولا كبيرة وقعت في زمنهم إلا وقد تطرقوا لبيان حكمها وتحليل أدلتها والاستنتاج منها بأبداء رأيهم فيها ولهم أجران في حالة الأصابة وأجر واحد في غيرها .

ولكن في معالجة بعض المسائل كان البعض منهم ينقل ما قاله السلف، وإن كان غير مصيب لحسن ظنه بما قيل ، وقد يردد اللاحق ما ذهب إليه السابق دون تعديل أو تعديل أو تعليق ، فالأدلة والأمثلة هي هي، ومن جملة تلك المسائل مسألة (شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟) .

بعد مراجعة زهاء خمسين مرجعاً في أصول الفقه للمذاهب الإسلامية الثمانية (٢) لم أطلع على دليل مقنع يخلو من النقض أو ينجو من النقد فأسست بالقرآن الكريم ، فوجدت أن بعض آياته تدل على عدم الإختلاف بين الشرائع الإلهية وطريقة الأنبياء والرسل ، في حين أن هناك آيات أخرى تدل على خلاف ذلك ، فوصلت الى أن رفع التعارض الظاهر بين هذه الآيات يتطلب دراسة الموضوع من زاويتين :

**أحدهما** فيما يتعلق بالأحكام الاعتقادية (أصول الدين) .

**وثانيتها** فيما يخص الأحكام الشرعية العملية (فروع الدين) .

**أولاً شرع من قبلنا في الأحكام الاعتقادية (أصول الدين) .**

أصول دين بني الإنسان في كل زمان ومكان واحدة لا تفاوت فيها ، والأحكام الاعتقادية للأسر

١. قد تبنى هذا الرأي فقهاء الحنفية وبنوا عليه أحكاماً منها :

أ- إستدلال محمد الشيباني على جواز القسمة للماء بطريق المهايأة بقوله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) ،

سورة القمر ٢٨ ، ويقول تعالى (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) ، سورة الشعراء ١٥٥ .

ب- إستدلال أبي يوسف على أن الرجل يؤخذ منه القصاص إذا قتل المرأة كما يؤخذ منها إذا قتلت الرجل بقوله

تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ، سورة المائدة ٤٥ .

ج- إستدلال الكرخي بالنص المذكور على أخذ القصاص من المسلم إذا قتل غير مسلم من أهل الكتاب بدون ميرر

، راجع أصول السرخسي ٢ / ١٠ وما بعدها .

٢. أصول الفقه الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والجعفري والزيدى والظاهرى والأباضي .

البشرية لا تختلف من أمة الى أخرى ، ولا تتميز بها شريعة من شريعة ، ولا ينفرد ببيانها رسول دون رسول ، لأن الدين واحد كما نص على ذلك القرآن في آيات كثيرة منها قوله تعالى (شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه) (١) ، وقوله تعالى (يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون) (٢) .

والدين أخص من الشريعة فكل دين شريعة ولكن ليس كل شريعة ديناً لأنها تشمل فروع الدين أيضاً من الأحكام الشرعية العملية التي قد يطلق عليها اسم (الفقه) .

فأصول الدين ثابتة منذ أول وحي نزل على سيدنا آدم (عليه السلام) الى آخر وحي نزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ولم يطرأ على الدين أي تغيير في شرائع جميع الأنبياء والرسل ، فهو باق وخالد ما دامت الحياة باقية والعقل سليماً والأدراك واعياً في هذا الكون العظيم سواء عاش الإنسان في كوكب الأرض أم في كوكب آخر .

## من أصول الدين الثابتة في كل شريعة

### أ- الأيمان بالله .

فهو واجب عقلي على كل إنسان بالغ عاقل قبل أن يكون واجباً شرعياً تأمر به الكتب المقدسة الألهية ، لأن الأيمان بالرسول والكتب السماوية متوقف عليه، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يؤدي الى توقف الشيء على نفسه، وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه ، واللازم باطل ، فكذلك الملزوم لما في ذلك من الإستحالة المنطقية، أو الدور كما يقول علماء المنطق، أو المصادرة على المطلوب كما يقول فقهاء القانون ، ومن هذا التحليل المنطقي نخرج بنتيجة بديهية وهي أن الأيمان بذات الله وصفاته واجب عقلاً وشرعاً في جميع الشرائع الألهية . فعلى كل إنسان بالغ عاقل أن يتفكر في هذا الكون العظيم في المسخرات للإنسان بأمره تعالى (وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره إن في ذلك لآيات لقوم يعقلون) (٣) ، وقوله تعالى (إن في خلق السماوات والأرض وإختلاف الليل والنهار لآيات لأولي الأبصار) (٤) ، وأن يتعمق في تفكيره عند النظر في الآيات الكونية ليستدل بالأثر على وجود المؤثر وبالمخلوق على ثبوت الخالق .

١. سورة الشورى ٢ ، قال الفخر الرازي في التفسير الكبير ١٤ / ١٥٨ (أن هذه الآية تدل على أن هذه الشرائع قسمان : منها ما يمنع دخول النسخ والتغيير فيه بل يكون واجب البقاء في جميع الشرائع والأديان كالقول بحسن الصدق والعدل والأحسان، والقول بقبح الكذب والظلم والإيذاء ، ومنها ما يختلف باختلاف الشرائع) .
٢. سورة آل عمران ٦٤ ، وخلاصة الكلام أن النسخ إنما وقع في الأحكام الفرعية لاتفاق جميع الأحكام الشرعية في الأحكام الاعتقادية ، وأمهاات الأحكام الأصلية التي لا تتغير بالزمان والمكان كتحريم القتل والظلم ووجوب العدل .
٣. سورة النحل ١٢ .
٤. سورة آل عمران ١٩٠ .

## ب- الإيمان بالأنبياء والرسل

وهو أيضاً ثابت عن طريق التفكير والإستدلال بما يدل على صدقهم في دعوى الرسالة ، وهذا الإيمان لا يثبت عن طريق كتبهم ، لأن الإيمان بالكتب يتوقف على الإيمان بالرسل ، ولو قلنا بعكس ذلك أيضاً للزمت الاستحالة المنطقية المذكورة وهي توقف الشيء على ما يتوقف عليه ، ثم توقف الشيء على نفسه ثم تقدم الشيء على نفسه .

ويتفرع عن الإيمان بالله وبرسوله الإيمان بسائر الأحكام الاعتقادية كالأيمان بيوم القيامة وبأن كل إنسان يسأل عن أعماله ، فإن كان عمله خيراً فجزاؤه خير، وإن كان شراً فجزاؤه ماعمل ، كما قال تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره - ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) (١) .

### ثانياً شرع من قبلنا من ناحية الأحكام الشرعية العملية (فروع الدين)

الأحكام الشرعية العملية التي تعتبر من فروع الدين نوعان .

#### النوع الأول

أحكام لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لأنها من ضروريات الحياة وتقتضيها الطبيعة ، لذا أسماها علماء الفلسفة والقانون بـ (القانون الطبيعي) لأنها تلازم طبيعة الإنسان من ميلاده الى وفاته ولا يستغني عنها مهما تطورت الحياة وتغيرت الحضارة . ومن تلك الأحكام عدم مشروعية السرقة والقتل والأختطاف وخيانة الأمانة وإلحاق الضرر بالغير بدون مبرر وقبح الظلم والكذب والنفاق . ومنها وجوب العدل والأنصاف وتطبيق القصاص (٢) والتعاون على البر والتقوى وحسن الصدق والأمانة وضرورة استمرارية الصلة بين العبد وبين ربه بالعبادات(٣). وهذه الأحكام بكافة أقسامها المشروعة وغير المشروعة لا تختلف باختلاف الشرائع إلا بالكم والكيف لأن رعايتها سلباً وإيجاباً من ضروريات الحياة .

#### النوع الثاني

أحكام تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأمم ، كالأحكام المتعلقة بتنظيم علاقات الإنسان مع الإنسان في مجال المعاملات المالية، وكالتفصيلات والجزئيات لتطبيق الأحكام الكلية من النوع الأول. فمثل هذه الأحكام قابلة للنسخ والإلغاء والتعديل في جميع الشرائع، شأنها شأن القوانين الوضعية، وهذه الأحكام هي المقصودة بقوله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً) (٤) .

١ . سورة الزلزلة ٧ - ٨ .

٢ . كما في قوله تعالى (وكتب عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين) ، سورة المائدة ٤٥ .

٣ . كما في قوله تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) ، سورة البقرة ١٨٣ .

٤ . سورة المائدة ٤٨ .



ومن هذا نستنتج وجه إجماع علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء على خلود آيات القرآن لأنها لا تتضمن أحكاماً وقواعد قابلة للتغيير والتعديل ، بل تحتوي الأحكام الاعتقادية وأمّهات الأحكام الواردة في الشرائع السابقة إضافة الى قواعد كلية وأسس عامة لا تتأثر بتطورات الحياة إلا من حيث المضمون والتطبيق .

## القرآن تعديل للدساتير الإلهية السابقة

لكل دولة من دول العالم في هذا العصر دستور وظيفته التخطيط ووضع الأسس والمناهج لنظام مقبول في هذه الدولة تاركة التفاصيل والجزئيات في شتى مجالات الحياة للقوانين التي تشرع في ضوء هذا الدستور بحيث لا تتعارض معه لأن جميع دول العالم تكاد تؤمن بدستورية القوانين ، فإذا تغير نظام الحكم القائم قد يلغى الدستور أو يعدل ولكن ليس بمستطاع الدستور الجديد حذف أمّهات الأحكام والقواعد الواردة في الدستور السابق كحرية المسكن ، وحرية التنقل وحرية التملك ، وحرية الرأي ، وعدم جواز أنتزاع الملكية إلا بتعويض وعدم إلقاء القبض على أحد إلا بتهمة ، وعدم عقاب أي شخص إلا بعد ثبوت الجريمة، وهكذا جميع الأحكام التي هي من ضروريات الحياة ومن الحقوق الطبيعية لدى جميع الشعوب .

لكن الخاضعين للأحكام المنقولة من الدساتير السابقة يعملون بمقتضاها ويؤمنون بمحتواها على اساس أنها جزء من الدستور الجديد ، ويلتزمون بها بأسم الدستور الجديد لا باعتبارها من الدساتير السابقة ، وهكذا شأن القرآن بالنسبة للأحكام التي يتضمنها وهي كانت موجودة في الشرائع السابقة ، ونحن نلتزم بها ونخضع لها باعتبارها من الشريعة الإسلامية .

## أهمية الموضوع

تبرز أهمية معرفة الصلة بين الشريعة الإسلامية وبين الشرائع الإلهية السابقة في أن غير المسلم من أهل الكتاب عندما يعتنق الإسلام ديناً له يجب أن لا يعتبر مرتداً عن دينه ، لأن الدين واحد فهو يبقى ملتزماً وخاضعاً لأمّهات أحكام شريعته مضيفاً إليها بأسلامه إلتزامه بأحكام جديدة ، كلها من مصلحته تدفع عنه الضرر وتجلب له النفع في المجالين المادي والروحي وفي الحياتين الدنيوية والأخروية (١) .

١ . قال سبحانه وتعالى (ولو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم) ، سورة آل عمران ١١٠ ، وجملة الكلام : أن الاسلام هو دين الله الذي نطق به رسله جميعاً وأختلاف أحكام رسالاتهم في الجزئيات أو في العبادات وأوضاعها ، ولكن جوهر الرسالة الإلهية لهداية البشر منذ أن هبط آدم (عليه السلام) الى الأرض الى رسالة محمد صلى الله عليه وسلم لم يتبدل قط ، لأن مصدر الهداية هو الاله الواحد وطريقها هو الوحي .

# الفصل الرابع المصادر التبعية العقلية

## المبحث الاول القياس

تعريفه ، أركانه ، شروطه ، مراحلها ، أنواعه  
ما يجوز فيه القياس وما لا يجوز ، حجيته ، أهميته

### تعريفه

في اللغة العربية عبارة عن تقدير الشيء المادي أو المعنوي بواسطة وحدة معينة لمعرفة عدد ما يحتويه من هذه الوحدة (١) ، ويستعمل أصلاً في العلوم الطبيعية والرياضية ، كما يستخدم في علم النفس (٢) . وبصورة عامة القياس لغةً هو التقدير أو التسوية (٣) بين شيئين فأكثر .  
وفي اصطلاح المنطق قول مؤلف من قضايا إذا سلمت يلزمه لذاته قول آخر (٤) .  
وفي اصطلاح علماء الاصول له تعاريف كثيرة (٥) تدور حول معنى واحد وهو إلحاق أمر لم يدل

١. يقال فلان قاس الارض أو الدار بالمثل إذا قدرها به .
٢. الصحاح في اللغة والعلوم ٢ / ٣٦٠ . التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد) ، ص ١٨١ .
٣. كان يقال فلان لا يقاس بفلان في علمه أو خلقه أو جوده وكبره .. ، بمعنى لا يساوي به في ذلك .
٤. تهذيب المنطق للفتناني بشرح الخبيصي للعلامة عبيد الله بن فضل ، ص ٧١ ، كان يقال (العالم متغير وكل متغير حادث) . فإذا سلمت هاتان القضيتان يلزم منهما العلم بقول آخر (النتيجة) وهو (العالم حادث) .
٥. ومن هذه التعاريف :

تعريف العالم الأصولي الحنفي صدر الشريعة ، التوضيح شرح التتقيح مع التلويح ٢ / ٣٤٩ بأنه (تعديدية الحكم من الأصل الى الفرع لعلة متحدة لا تترك بمجرد اللغة) . وتعريف العالم الأصولي المالكي التلمساني (محمد بن أحمد) ، مفتاح الوصول في علم الأصول ، ص ١٥٨ بأنه (إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأمر جامع بينهما يقتضى ذلك الحكم) . وتعريف العالم الأصولي الشافعي الأمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ٢ / ٩ بأنه (الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من الحكم) . وتعريف العالم الأصولي الحنبلي أحمد بن عبد العزيز الفتوحى ، الكوكب المنير وشرحه ، ص ٢٧٢ بأنه (رد فرع الى أصله بعلة جامعة) . وتعريف العالم الأصولي الإباضي السالمي محمد بن عبد الله ، شرح طلعة الشمس على الألفية ، ص ٩١ بأنه (حمل مجهول الحكم على معلوم الحكم بجامع بينهما) . وتعريف العالم لأصولي الزيدى الشوكاني ، أرشاد الفحول ، ص ١٩٨ بأنه (استخراج مثل حكم المذكور لما لم يذكر بجامع بينهما) . أما علماء الشيعة الإمامية وعلماء الظاهرية فأنهم لا يعتبرون القياس مصدراً للأحكام الشرعية . ولا مجالاً للتعليل على هذه التعاريف كما أنه لا جدوى في التعليل ، وأكتفى بالقول بأن أدقها وأقربها الى الفهم هو تعريف المالكية ، وأن أبعدها في الدقة هو تعريف الشافعية لأن جمهورهم أشتراطوا مساواة المقيس والمقيس عليه في علة الحكم . بقول ابن السبكي ، جمع الجوامع ٢ / ١٢٤ بأنه (حمل معلوم على معلوم كالمساواة في علة حكمه عند الحامل) ، في حين أن العلة في المقيس قد تكون أقوى أو أضعف .

على حكمه نص خاص ظاهراً بأمر آخر منصوص على حكمه في حكمه (١) لأشراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم .

## والتعريف المختار .

**القياس** استدلال بعلة حكم مسألة منصوص عليه (٢) على وجوده (٣) في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة ، وقد استنتجت هذا التعريف من القاعدة الشرعية العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (رض) وأجمعوا عليها وهي : (أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا) .

فالفقيه أو القاضي أو المفتي عندما تعرض عليه مسألة مجهولة الحكم لم يرد بشأنها نص خاص ظاهراً ، ولكن تتوفر فيها علة حكم مسألة أخرى مشابهة ورد في حكمها نص يستدل بهذه العلة على شمول النص لتلك الواقعة ، فالقياس ليس إلا وسيلة لتوسيع النص وأرجاع الجزئيات الى الكليات . فالمصدر الحقيقي المنشيء للحكم الذي يثبت به هو نص حكم المقيس عليه ، وبناء على هذه الحقيقة القياس مصدر كاشف للحكم وليس منشئاً له ، وبذلك يرتفع الخلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهاء ، فمن قال (القياس مصدر من مصادر الأحكام الشرعية) أراد المصدر الكاشف ، ومن أنكر كونه مصدراً أراد المصدر المنشيء . فالخلاف الذي عاش بينهم منذ أكثر من ألف سنة شكلي (لفظي).

## مثل ذلك

قال سبحانه وتعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم) (٤) وأراد بالذهب والفضة المعدنين المعروفين وكل عملة ورقية أو معدنية تحل محلها في التعامل الدولي والداخلي في أقطار العالم وفي القوة الشرائية .

وهذا العموم يفهم من النص عن طريق تعليل الحكم بعلة يدور معها وجوداً وعدمًا بوسيلة القياس . فالقياس عليه هو الذهب والفضة المعدنان المعروفان سواء أكانا مسبوكين أم لا . والمقيس كل عمل متداولة في التعامل حلت محل الذهب والفضة في القوة الشرائية والتداول . والحكم هو تحريم

١ . بمعنى اعطاء غير المنصوص عليه حكم الواقعة المنصوص على حكمها .

٢ و٣ : أي الحكم .

٤ . سورة التوبة ٣٤ .

الكنز (١) بدليل الوعيد بالعذاب الأليم والعقاب . **وعلة الحكم** هو المضرة الإقتصادية التي تلحق المجتمع والفرد نتيجة الكنز وعدم الاستثمار في التنمية الإقتصادية والإجتماعية والإنفاق على الأهل والعيال . فكأنه سبحانه وتعالى قال (والذين يكنزون النقود المعدنية والورقية التي هي عنصر مهم من عناصر الإنتاج فبشرهم بعذاب أليم) ، ودور القياس هو كشف هذا العموم المراد من النص .

## أركان القياس

أركان كل مصطلح هو ما ورد في تعريفه فيؤخذ من تعريف القياس أنه يتكون من أربعة أركان (أو عناصر) وهي :

١- **المقيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به)** : هو محل أو واقعة ورد فيه نص ، أو اجماع عند فريق من الأصوليين كالذهب والفضة في الآية المذكورة .

٢- **المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق)** : هو محل أو واقعة لم يثبت فيه وفي حكمه نص ولا اجماع فيراد التعرف على حكمه لذلك كالنقود الورقية أو المعدنية المتداولة في كل دولة ذات سيادة في العالم .

## ٣- حكم الأصل

ما ثبت بالنص في الأصل (٢) كحرمة كنز الذهب والفضة في هذه الآية ، وبالقياس في كل ما يحل محل الذهب والفضة من النقود .

## ٤- العلة

وهي المصلحة التي شرع الحكم لأجل رعايتها كحماية مصلحة التنمية والإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة ، في تحريم كنز الذهب والفضة وما حل محلها من النقود (٣) .

١ . قال الرازي ، تفسير الفخر الرازي ١٦ / ٤٥ (قال القاضي تخصيص معنى الكنز بمنع الزكاة لا سبيل إليه بل الواجب أن يقال الكنز هو المال الذي ما أخرج عنه ما يجب إخراجه عنه، ولا فرق بين الزكاة وبين ما يجب من الكفارات ، وبين ما يلزم من نفقة الحج أو الجمعة وبين ما يجب إخراجه في الدين والحقوق والإنفاق على الأهل أو العيال وضمان المتلفات وأروش الجنائيات ، فيجب في كل من هذا الأقسام أن يكون داخل في الوعيد)، وهذا ما قاله الرازي وغيره قبل زهاء تسعة قرون ، أما اليوم فيضاف إلى ما ذكره الاستثمار في المشاريع الإنتاجية وبناء المؤسسات الخيرية والإنفاق على المصالح العامة الأخرى إضافة إلى الإنفاق على الأهل والعيال .

٢ . أو بالإجماع عند فريق من الأصوليين .

٣ . في هداية العقول ١ / ٥١١ ، ومن شروط علة الحكم أن تكون بمعنى الباعث على الحكم وهو العلة الغائية التي هي الغرض من الحكم، والغرض منحصر في جلب لذة للعبد بدنية أو عقلية أو دفع ألم بدني أو عقلي، وهذا الغرض هو الحكمة في الحكم .

وتعتبر العلة من أهم أركان القياس ، لذا جعلها بعض العلماء الركن الوحيد في القياس وللعلة تسميات كثيرة منها السبب ، والمؤثر ، والمقتضي ، والباعث ، والداعي ، والدليل ، والأمانة ، ومناط الحكم ، والمستدعي ، والحامل .

## لكن من وجهة نظري

هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم ، والغاية المتوخاة من العمل به .

## شروط القياس

أشترط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع الى حكم الأصل وبعضها يكون للعلة .

## شروط الحكم

أختلف الأصوليون في تحديد هذه الشروط ، فمنهم من أوصل شروط الأصل وحكمه الى اثني عشر شرطاً (١) وفي أكثرها تكرار ، ونقتصر على ما هو مهم منها :-

١- أن يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً فلا يلحق الحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي . أما إذا لم يكن الملحق حكماً شرعياً جاز أن يكون حكم الأصل غير شرعي سواء كان عقلياً أم لغوياً ، فالعقلي يلحق بالعقلي واللغوي باللغوي ، بناء على جواز القياس في العقليات واللغويات كما يأتي بيان ذلك .

٢- أن يكون حكم الأصل معللاً بعلّة يدركها العقل فإذا كان تعبيراً لا يقاس عليه غيره .

٣- أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل الى الفرع ويخضع الفرع لنص الأصل ، فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً ، لأن ما يبني على الباطل باطل .

٤- أن لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع فلا يقاس الوضوء على التيمم في وجوب النية.

٥- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو بالإجماع ، فلا يجوز القياس على ما ثبت حكمه بغير هذين المصدرين .

٦- أن لا يكون حكم الأصل مما ثبت أستثناءً عن الأصول والقواعد العامة لأن القياس للتوسيع

١. كالشوكاني في ارشاد الفحول ، ص ٢٠٥ .

ولا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء، وغالباً الاستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها ، وقد مثل الأصوليون للحكم الثابت على سبيل الاستثناء بأمثلة كثيرة منها أكتفاء القاضي في عصر الرسالة بشهادة شخص واحد ، إذا كان هذا الشخص الصحابي المعروف (خزيمة) (١)، فليس للقاضي قياس غير خزيمة عليه في الأكتفاء بشهادته وحدها كحجة للأثبات وأن كان هذا الغير أعلى منه رتبة في التدين والصدق والثقة والأمانة ، لأن القاعدة العامة تقضي بأن نصاب الشهادة اثنتان أو من في حكمهما (٢) ، وما جاء استثناء لا يقاس عليه غيره .

٧- ألا يكون دليل حكم الأصل شاملاً للفرع وحكمه، فلا يقاس سائر المسكرات والمخدرات على الخمر لأن الكل خمر، فلفظ الخمر في لغة العرب ما يخمر العقل، أي يستره ويحدث فيه الخلل وهذا المعنى اللغوي هو المراد في القرآن .

## العلة

لغة عبارة عن معنى يحل بمحل فيتغير به حاله بلا اختيار وإرادة ومنه تسمية المرض علة لأنه بطوله في جسم الانسان تتغير حاله من القوة الى الضعف . وتستعمل أيضاً بمعنى العلل بعد النهل وهو معاودة الماء للشرب مرة بعد اخرى . وتستعمل ثالثاً بمعنى الداعي من قولهم علة اكرام فلان علمه وخلقه، اي الداعي لا كرامه هو علمه وخلقه.

**وفي الإصطلاح الشرعي** (٣) عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلل بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضرة عنه ، فجميع أحكام الله التي نزلت على الرسل والأنبياء كلها

١. قصة شهادة خزيمة تتلخص في أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً من اعرابي فجده البيع وقال (هلم شهيداً يشهد عليّ ، فشهد عليه خزيمة بن ثابت وحده ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (ما حملك على هذا ولم تكن حاضراً معنا) فقال (صدقتك فيما جئت به وعلمت انك لا تقول إلا حقاً) ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (من شهد له خزيمة أو شهد عليه فحسبه) . أخرجه البيهقي ، كتاب الشهادات ، باب الامر بالشهاد ١٠ / ١٤٦ .

٢. سبق تخريج الحديث . ومن شروط الفرع :

أ- أن تتوافر فيه علة حكم الأصل .

ب- ان لا يثبت حكمه بنص أو إجماع ، لأن القياس في المرتبة الرابعة .

ج- ان لا يتعارض إلحاقه بالأصل مع نص كقياس زواج البالغة الرشيدة بدون إذن وليها على تصرفها في مالها المتعارض مع حديث (أيما امرأة نكحت نفسها فنكاحها باطل) .

٣. اختلف الأصوليون في تعريف العلة فمنهم من قال (أنها معرفة للحكم) ، ومنهم من قال (أنها مؤثرة فيه لذاته) ، ومنهم من قال (أنها موجبة أو مؤثرة بجعل العرف والعادة) ، ومنهم من قال (أنها باعثة للشارع على تشريع الحكم) ، ومنهم من قال (باعثة للمكلف على امتثال الحكم) ، ومنهم من قال غير ذلك ، لكن أكثرهم خلطوا بين سبب الحكم وبين علته .

أتت لمصلحة الإنسان . فهي معللة بالمصالح الدنيوية أو الأخروية أو كليتهما . وسميت المصلحة علة اخذ من معانيها اللغوية الثلاثة، فهي علة لكونها تؤثر في الحكم فتنتقله من الاصل الى الفرع لوجودها في الفرع ايضاً ، او لأن المجتهد يعاود في إخراجها النظر مرة بعد اخرى ، او لانها داعية الى شرع الحكم . قال ابن القيم (١) تحت عنوان بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وأن أسخلت فيها بالتأويل) .

غير أن هذه المصالح (أو العلل) منها ما يدركها العقل فتسمى (معقولة المعنى) ويجري فيها القياس ومنها ما لا يدركها العقل فتسمى تعبدية ولا يجري فيها القياس، لأن القياس فرع تصور العلة وهي ركن من أركانه . وقد وقع الخلط في كثير من المراجع الأصولية بين سبب الحكم وبين علته . وحاول البعض من الأصوليين التجنب عن هذا الخلط بجعل الحكمة والعلة والمصلحة (من منفعة مستجلبة أو درء مفسدة) نتيجة واحدة أراد الله تحقيقها لعباده عن طريق ترتيب الأحكام على أسبابها، وأن علة سببية هذه الأسباب لمسبباتها (الأحكام) هي تلك المصالح والحكم والعلل وكان أكثرهم توفيقاً هو الشاطبي (رح) (٢) .

#### ١. اعلام الموقعين ٣ / ٢ .

٢. قال القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، ص ٤٠٦ (الحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة كذهاب العقل الموجب لجعل الأسكار علة ، ومن الحكمة اختلاط الأنساب فإنه سبب جعل وصف الرضا سبب وجوب الجلد ، وكضياح المال الموجب لجعل وصف السرقة سبب القطع ، والوصف إذا جاز التعليل به فأولى بالحكمة لأنها أصله ، وأصل الشيء، ما لا يقصر عنه) .  
قال الشاطبي ، الموافقات ١ / ٢١٥ (أن المراد بالعلة الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة ، والمفاسد التي تعلق بها النواهي ، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر والسفر هو السبب الموضوع للإباحة) ، ثم قال (فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة كانت ظاهرة أو غير ظاهرة) ، وأما ما جعله الأصوليون علة فقد خصه الشاطبي بأسم السبب وعرفه (بأنه ما وضع شرعاً لحكمة يقتضيهما ذلك الحكم كالنصاب فإنه سبب وجوب الزكاة ، والسرقة سبب لوجوب القطع) . ويعتبر الشاطبي كما هو واضح في كلامه أنه أكثر عمقاً وديقة من غيره في التمييز بين السبب والعلة التي هي المصلحة والحكمة . وقال الفتوحى الحنبلي ، شرح الكوكب المنير ، ص ٣١١ (والسبب المناسب ما تقع المصلحة عقبه ، فإذا قيل للمسكر جزاء أدرك العقل أن تحريم المسكر مفض الى مصلحة وهي حفظ النفس) . وقال أبو اسحاق الشيرازي ، الملح، ص ٣٩١ (المناسبة أي لسبب الحكم) ما تضمنت تحصيل مصلحة أو درء مفسدة ، والمناسب يقسم الى ما هو في محل الضرورات ، وإلى ما هو في محل الحاجات وإلى ما هو في محل التتمات ، فيقدم الأول على الثاني والثاني على الثالث عند التعارض ، فالأول نحو الكليات الخمس وهي حفظ النفوس والأديان والأنساب والعقول والأموال، وقيل الأعراض، والثاني مثل تزويج الولي الصغيرة ، فإن النكاح غير ضروري لكن الحاجة تدعو اليه في تحصيل الكفو. لئلا يفوت ، والثالث ما كان من مكارم الأخلاق كنفقات القرابات .

## والأحكام قسماً تكليفية ووضعية

والتكليفية خمسة أنواع (الوجوب ، والندب ، والحرمة ، والكراهة ، والإباحة) . والوضعية خمسة أنواع أيضاً (السبب ، والشرط ، والمانع ، والصحة والبطلان) ، وأضاف إليها البعض اثنين آخرين هما (العزائم ، والرخص) (١) .

والمقاصد التي هي علل الأحكام بالنسبة للإنسان ثلاثة أقسام: ضرورية ، وحاجية وتحسينية .

**الضروريات :** هي المصالح التي يختل نظام الحياة بفقدان واحدة منها وهي خمس (حفظ الدين وحفظ الحياة ، وحفظ النسب - أو العرض - ، وحفظ العقول ، وحفظ المال) .

**الحاجيات :** هي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لتوسعة في الحياة ورفع الضيق المؤدي غالباً إلى الحرج والمشقة كالتمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً ومسكناً .

**التحسينات :** هي كماليات الحياة كمارسة محاسن العادات ومجانبة المكروهات .

ومن التطبيقات التي يتجلى فيها التمييز بين السبب والعلة (١٥) ما يلي :

أ- عدوان المعتدي جعل سبباً لوجوب الجهاد لعله هي حماية الدين .

ب- القتل جعل سبباً لوجوب القطع لعله هي حماية الحياة .

ج- السرقة جعلت سبباً لوجوب القطع لعله هي حماية الأموال .

د- الزنا جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد أو الرجم) لعله هي حماية الأنساب والأعراض .

هـ- وتعاطي المسكرات سواء سكر بها المتعاطي أم لا ، جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد)

لعله حماية العقول ، ولذلك لا تطبق هذه العقوبة على المجنون والصغير ، ولا مبرر لمن قال (لا

يعاقب ما لم يسكر) .

و- وجعل الجنون والصغر سبباً للولاية على المال ، والنفس لعله هي حماية مصلحة القاصر ،

ولهذا أجمع فقهاء الشريعة على جواز عزل الولي عن الولاية إذا لم تتحقق هذه المصلحة .

١. لمزيد من التفصيل ، راجع الموافقات للشاطبي ١ / ١٠٩ - ٢٧٥ .

٢. وكالسفر جعل سبباً للرخصة بإباحة الفطر وقصر وتقديم وتأخير الصلاة لعله هي دفع المشقة المضرّة بالصحة ، والشركة جعلت سبباً للشفعة لعله هي دفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد ، والفراش جعل سبباً للنسب لعله هي حفظ النسل . والعقد جعل سبباً لكسب المال للحاجة .



وهكذا هناك مئات من الأمثلة والتطبيقات يتبين لنا فيها بوضوح تام الفرق بين السبب والعلة ومع ذلك نجد الخلط بينهما ، فمثلاً جعلت السرقة علة لوجوب القطع وجعل الصغر علة للولاية ، وهكذا (١) .

## الحكم يدور مع علة وجوداً أو عدماً

أن أول من أدرك هذه الحقيقة فقهاء الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون (رضوان الله تعالى عليهم أجمعين) حين وقفوا على أسرار الشريعة وأدركوا تميزها بالمرونة وعلموها أن تميزها بالمرونة لا يعني الميوعة وإنما مسابرة الحياة في متطلباتها الضرورية الشرعية ، فغللوا طوراً فتاواهم وأقضيتهم بما نص عليه القرآن والسنة من العلل ، وتارة وسعوا النص عن طريق تعليل حكمه ليشمل المسكوت عنه شموله للمنطوق به ، وأخرى وقفوا أحكاماً يخال أنهم خالفوا القرآن ولكنهم بثاقب نظرهم علموا إنها معللة بعلة تدور معها وجوداً وعدماً ، وعلى سبيل المثل وسعوا مجال تطبيق آية (النفس بالنفس) (٢) عن طريق تعليل وجوب القصاص بحماية الأرواح فقضوا وأفتوا بقتل الجماعة بواحد ، وأوقفوا العمل بآية (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٣) ، في حق من يرتكب جريمة السرقة تحت ضغط الحاجة والضرورة (٤) ، وهذا هو منتهى العمق من فهم أسرار الشريعة التي منها أن علة وجوب عقوبة السرقة هي حماية الأموال وأن رعاية حفظ الأرواح أهم من رعاية حفظ الأموال .

---

١. قال ابن ملك، شرح المنار، ص ٧٩٢ (أعلم أن ولاية نكاح الصغار معلولة بالصغر إتفاقاً ، وكذا في نكاح الصغائر معلولة بعلة الصغر عندنا والبراءة عند الشافعي) ، ففي هذا الاتجاه خلط بين السبب وهو الصغر وبين العلة وهي حماية مصلحة الصغير .  
وقال الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام ٣ / ٥٧ (المسلك الثالث ما يدل على العلية بالتنبيه والإيماء ، وهو ستة أقسام الأول ترتيب الحكم على الوصف بقاء التعقيب والتسبب كما في قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ، سورة المائدة ٣٨ ، وفي هذا الكلام خلط بين السبب - السرقة - وبين العلة - حماية الأموال .

قال ابن الهمام ، شرح فتح القدير ٣ / ٢٦٠ (ولا يجوز للولي أجبار البكر البالغة على النكاح ) ، معنى الأجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت . ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الأجبار هو الصغر أو البراءة ، فعندنا الصغر وعند الشافعي البراءة) ، وهكذا هناك الآف من التطبيقات الأصولية والفقهية فيها الخلط بين سبب الحكم وبين علة .

٢. سورة المائدة ٤٥ .

٣. سورة المائدة ٣٨ .

٤. وجود الحكم لوجود العلة يسمى طرداً، وعدم الحكم لعدم العلة يسمى عكساً، وزوال الحكم لزوال العلة يسمى تأثيراً، وتختلف الحكم لسبب ما مع وجود العلة يسمى نقضاً، أنظر أحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي (سلمان بن خلف) تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري، ص ٥٣ .

وأوقفوا العمل بآية (والمؤلفة قلوبهم) لأن علة صرف بعض موارد الزكاة لهؤلاء المؤلفة القلوب كانت مصلحة الدين حين كان الاسلام في مركز الضعف، فلما جاوز هذه المرحلة تخلفت العلة فتوقف العمل بالحكم لزوال علته بل لزوال سببه أيضاً ، وهو صفة أستجلاب المسلمين لقلوبهم ، لأن معنى (والمؤلفة قلوبهم) الذين تستجلب قلوبهم بالآلفة والمودة، فاستجلاب القلوب ليس أمراً ثابتاً بالشرع شأنه شأن صفة الفقر، فالفقير يستحق نصيباً من موارد الزكاة ما دام فقيراً ، فإذا تخلف هذا الوصف فأصبح غنياً لا يستحق هذا النصيب ، فإذا زال الحكم بزوال السبب تزول العلة، وقد أخطأ من زعم(١) أن عمر (رض) جمد النص بالمصلحة أو نسخه بها أو قدمها عليه .

## شروط العلة

ذكر بعض الأصوليين شروطاً كثيرة للعلة لأعتبارها من أركان القياس وقد أوصلها البعض الى أربعة وعشرين شرطاً ، وفي أكثرها التكرار مع شروط حكم الأصل وشروط الفرع أو مبنية على الخلط بين الأسباب والعلل ، مع أن العلة كما ذكرنا هي المصالح الشرعية التي تترتب على تنفيذ الأحكام الشرعية من جلب المنافع ودفع المضار إذا أدبت وأقيمت بصورة صحيحة .

وأما الأسباب فهي تصرفات الإنسان الفعلية أو القولية أو الوقائع والحوادث ولعل العامل الرئيس الذي دفع هؤلاء العلماء العظام الى تسمية الأسباب عللاً هو الاحتياط والورع وإجتنب الشبهات والخشية من سوء تفسير عبارة (الأحكام الشرعية معللة بالمصالح والأغراض ) لأنه ربما يتصور أن هذه المصالح والأغراض راجعة الى الله وهو محتاج اليها ، والحاجة من سمات النقص ، والله تعالى منزه عن كل نقص وغني عن العالمين وعن طاعة الإنسان . ولكن بكل بساطة يمكن دفع ذلك بأن المراد المصالح والأغراض التي ترجع الى الإنسان (٢) . وأن المراد بالعلة هي الحكمة الإلهية في تشريع الحكم .

وبعد هذه المقدمة نستطيع أن نقول أن شروط العلة وأن كانت كثيرة إلا أنها ترجع الى الثلاثة الآتية:

١. مثل أحمد أمين في كتابه فجر الإسلام ، ص ١٥٦ ، وعلي حسب الله في كتابه أصول التشريع الإسلامي ، ص ١٥٦ ، والسيد شرف الدين الموسوي ، النص والاجتهاد ، ص ٩٥ .
٢. كما جاء في شرح الكوكب المنير ٢٨١ . أصول فقه الحنابلة من أن قول الفقهاء الباعث على الحكم بكذا هو كذا لا يريدون به بعث الشارع بل بعث المكلف على الامتثال مثل حفظ النفس باعث على تعاطي فعل القصاص .

١- أن تكون موجودة حسب الظن الغالب للمجتهد (١) في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية أو متفاوتة (٢) .

٢- أن لا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح ، فلا يجوز قياس البنت على الأب ، والأخت على الأخ (٣) للتسوية بينهما في كمية الحصة من الميراث بسبب القرابة لعدة مشتركة بينهما وهي المصلحة المالية ، لأن الشارع ألغى هذه المصلحة بالنسبة للأنتى للعدالة التي تقتضي التفاوت بينهما في الميراث للتفاوت القائم في الإلتزامات العامة والخاصة شرعاً وقانوناً و عرفاً وعقلاً ، فقال سبحانه وتعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) (٤) ، وقال تعالى (وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) (٥) .

٣- أن لا يكون للعدة مانع يمنعها من التأثير على الحكم المقيس ، فلا يقاس الأب القاتل لولده في القصاص على القاتل الآخر بجامع الحفاظ على مصلحة الحياة ، لأن الأبوة مانعة من القصاص عند جمهور الفقهاء (٦) ، لكون الأب سبباً لوجود الولد فلا يكون هو سبباً لإعدامه . هذه شروط العلة (المصلحة) متى كانت ظاهرة ومنضبطة أما اذا كانت خفية أو غير منضبطة أنيط الحكم بوصف ظاهر (٧) منضبط (٨) مناسب لتشريع الحكم ، ومعنى المناسبة ان بناء الحكم على هذا الوصف هو مظنة تحقيق المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم .

١. الظن هو الجانب الراجح من تصور أمرين فأكثر، وغلبة الظن: زيادة قوة أحد المجوزات على غيرها .
٢. فالمضرة في شتم الأبوين وضربهما أشد من مضرة التأقيف المحرم بقوله تعالى (فلا تقل لهما أف) سورة الاسراء ٢٣ ، أما مضرة أتلاف مال اليتيم بغير طريق الأكل فأنها متساوية لمضرة أتلافه بالأكل المحرم ، بقوله تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً) ، سورة النساء ١٠ .
٣. أن الأخت الشقيقة لا تقاس على الأخ الشقيق والأخت من الأب لا تقاس على الأخ من الأب ، أما الأخ من الأم فهما متساويان في الميراث بموجب النص القرآني (فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ، سورة النساء ١٣ .
٤. سورة النساء ١١ .
٥. سورة النساء ١٧٦ .
٦. شرح طلعة الشمس على الألفية للسالمي الأباضي، ص ١١٤، قال الغزالي، شفاء الغليل ، ص ٤٦١ (حكم العلة مع وجود وصف العلة يتصور إنعدامه في ثلاثة أطراف على ثلاثة أوجه أحدها : أن توجد العلة بكاملها ولكن يندفع حكمها بمعارضة علة مضادة لها فيسقط الحكم بطريق الإندفاع بالمضادة به لا بطريق اختلال العلة أو نقصان شيء منها) .
٧. أي مدرك باحدى الحواس الظاهرة ليحقق الغرض من التعليل بالوصف وهو تعريفه للحكم ، فإذا لم يكن العقد ظاهراً (إيجاباً وقبولاً - الصيغة -) كيف تتعرف على احكام العقود من انتقال الملكية ، وإباحة منفعة ، وصحة زواج ... الخ .
٨. أي للوصف حقيقة معينة محددة لا تختلف باختلاف الاشخاص والاحوال ، كالسفر علةً للافطار وقصر الصلاة ... فحقيقته انه انتقال من بلد الى آخر يبعد عنه بمسافة معينة .

## مراحل القياس بأعتبار علته

يمر القياس بأعتبار علته بأربع مراحل هي : تخريج المناط ، وتحقيق المناط ، وتنقيح المناط ، وثبيت دوران الحكم مع المناط .

### ١- تخريج المناط (١)

وهو الوقوف والأطلاع على علة الحكم التي أناطه بها الشارع وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو تحسيناتها ، وهذه العلة قد تكون منصوصة ، وقد تكون مستنبطه .

### أ- العلة المنصوصة

وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً ، فحماية حياة الإنسان مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله تعالى: (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون) (٢) ، وإذا تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقاتل الواحد الثابت بقوله تعالى (النفس بالنفس) (٣) وسع هذا النص عن طريق العلة حتى يشمل القصاص أكثر من واحد إذا شاركوا في قتل واحد لنفس العلة (حماية أرواح الأبرياء) كما فعل ذلك الخلفاء الراشدون (٤) ، والعمل بالقياس في الجنايات في مثل هذا المقام عمل بالنص ، فلا يتعارض مع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) .

### ب- العلة المستنبطة

وهي التي لم يرد ذكرها صراحة أو دلالة في نص الحكم ولكن المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه كحماية الأموال جعلت علة العقوبة للسرقات ويستنبطها المجتهد من المقارنة بين آية (يا

---

١. المناط مصدر ميمي بمعنى اسم المكان وموضوع النوط أي التعليق والربط وهو مأخوذ من ناطه به . أي علقه وربطه به. وأطلقه الأصوليون على العلة لأن الشارع الحكيم ناط الحكم بها وعلقه عليها وأضافه إليها . قال الغزالي، المستصفى ٢ / ٢٣٠ (ونعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه) . وفي كلام الغزالي أيضاً جمع بين السبب والعلة ، لأن ما جعله الشارع علامة على الحكم هو السبب دون العلة كالسرقة جعلت علامة على وجوب القطع وهي سبب لهذا الوجوب وعلته حماية الاموال . وكذلك جمع بينهما في كتابه شفاء العليل ، تحقيق الدكتور حمد الكبيسي ، ص ٤٥٦ .

٢. سورة البقرة ١٧٩ .

٣. سورة النساء ٤٥ .

٤. راجع الهوامش ١٣ ، ص ١٢٧ .

أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١) وبين آية (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا) (٢) ، وجعلت أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة الى العقوبة الآخوية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال اليتامى ظلماً وبدون مبرر شرعي ، ويستتبط المجتهد هذه العلة من سياق قوله تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً) (٣) ، ثم عن طريق القياس على الأكل يوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من اسباب إتلاف الأموال كالإحراق وغيره في الحكم المذكور ما دامت العلة واحدة وهي حماية الأموال وبصورة خاصة أموال اليتامى لعجزهم عن الدفاع عنها .

## ٢- تحقيق المناط

بعد المرحلة الأولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من توفر العلة في المقيس (٤) ، فالمجتهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين) (٥) ، ويتأكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين والجنين (إن وجد) يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس (٦) ، ثم يوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل حالة دم النفاس أيضاً في حرمة المعاشرة الزوجية في الحالتين (الحيض والنفاس) ما دامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة (٧) .

١. سورة النساء ٢٩ .

٢. سورة المائدة ٣٨ .

٣. سورة النساء ١٠ .

٤. ولا تشترط في العلة ولو كانت مستتبطة أن تكون من أصل مقطوع بحكمه إذ يجوز القياس على ما ثبت حكمه بدليل ظني كخبر الواحد ولا يشترط أيضاً القطع بوجود العلة في الفرع لأن القياس إذا كان دليلاً ظنياً فلا يضر كون مقدماته أو شيء منها ظنياً ، شرح الكوكب المنير ، المرجع السابق ٢٩٨ .

٥. سورة البقرة ٢٢٢ .

٦. هو دم يعقب الولد بعد الولادة .

٧. قال الشوكاني ، ارشاد الفحول ، ص ٣٢٢ (تحقيق المناط : أن يقع الاتفاق على علية وصف بنص أو أجماع فيجتهد في وجوده في موضوع النزاع - المقيس - كتحقيق أن النباش سارق ، أو أن اللواط زنا كما قال البعض بهذا القياس) ، ولكن هذا الكلام من الشوكاني وغيره خلط بين الأصل والفرع - أو بين المقيس عليه والمقيس - فالنباش سارق والنبش صورة من صور السرقة لأنه أخذ مال الغير في حرز مثله خفية مع القصد الجنائي ، وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة وهي حماية الأموال ، واللواط زنا لأنها أيلاج فرج في فرج محرم مشتتهى طبعاً وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة هي حماية الاعراض من الهتك .

### ٣- تنقيح المناط (١)

بعد حصول المجتهد على علة حكم الأصل وتأكده من وجودها في الفرع يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محلها في التعامل والقوة الشرائية من جهة أخرى .

فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الكنز وعدم الأستثمار وعدم الأنفاق ، ووجوب دفع الزكاة ، والإلتزام بوفاء الديون منها وغير ذلك ، فإنه يتولى في نفس الوقت اثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس عليه والمقيس لا تكون حجر عثرة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه ، ومن تلك الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الإقتصادي وأستقرارها السياسي وغير ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية .

### ٤- تثبيت دوران الحكم مع المناط

بعد اجتياز المجتهد المراحل الثلاث السابقة يأتي دور أثبات دوران الحكم المراد أثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه وجوداً وهدماً ، وأنجاز هذه المرحلة الأخيرة يعني أكمال القياس وأثبات حكم الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم لأن القياس ليس إلا الأستدلال بعلة حكم مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) أخرى تتوافر فيه هذه العلة .

### أنواع القياس بأعتبار العلة

للقياس أنواع كثيرة (٢) بأعتبرات مختلفة وأهمها التقسيم بأعتبر العلة الى ثلاثة أنواع (القياس الأولى والقياس المساوي والقياس الأدنى) .

١. التنقيح لغاً : التهذيب والتخليص . وقال البيضاوي (عبد الله بن علي) (في اصطلاح الأصوليين: بيان المستدل إلغاء الفارق بين الأصل والفرع ليتعين المشترك بينهما للعلة ، وبذلك تنقيح المناط عبارة عن إلغاء الفوارق بين المقيس عليه والمقيس ببيان عدم تأثيرها على القياس) . وقال الشوكاني ، أرشاد الفحول ٣٢١ (التنقيح لغاً : التهذيب والتمييز وعند الأصوليين إلحاق الفرع بالأصل بإلغاء الفارق بأن يقال : لا فرق بينهما إلا كذا ، وذلك لا مدخل له في الحكم فيلزم اشتراكهما في الحكم لأشتراكهما في موجبها) .
٢. منها : قياس العلة وهو ما صرح فيه بالعلة مثل العملة المعدنية والورقية كالذهب والفضة في التنمية الإجتماعية والإقتصادية ، وقياس الدلالة وهو ما لم تكن العلة المشتركة فيه علة الحكم بل دالة عليها كقياس الشافعي مال القاصر على مال الرشيد في وجوب الزكاة بجامع المال النامي ، وقياس المعنى وهو أن يكون الفرع في المعنى بمنزلة الأصل كقياس المرأة على الرجل في حكم ما ، وقياس الشبه وهو أن يكون للفرع أصلان يلحق بأكثرهما شبهاً .

## ١- القياس الأولي (أو الجلي أو القطعي)

هو قياس لكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، ولذلك يقال أن حكم الأصل ثابت للفرع من باب أولى . ويسمى القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي .

ومن أمثلة الأصوليين لهذا النوع قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) (١) ، فالحكم حرمة التأنيب الذي هو الأصل ، والعلة للتحريم دفع المضرة والأذى عن طاعته في غير معصية الله ، والفرع (المقيس) كل تصرف مشين من قول كالشتم أو فعل كالضرب يصدر من الولد ضد والديه ويلحق بهما الأذى والمضرة المادية والمعنوية ، ومن الواضح أن العلة في المقيس أقوى وأشد منها في المقيس عليه . ويرى البعض أن دلالة هذه الآية على كافة أنواع الأذى بالوالدين ليست عن طريق القياس وإنما هي من باب مفهوم الموافقة ، فهناك منطوق به (أف) ومسكوت عنه (كافة الأذىات) فتدل على الأول منطوقاً وعلى الثاني مفهوماً من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى (٢) ، لكن كما ذكرنا مراراً القياس دليل كاشف والمقيس مشمول بالنص عن طريقه ، وبناء على ذلك الخلاف الشكلي (لفظي) والفرق بين القياس ومفهوم الموافقة اعتباري ، فأن فهم حكم المسكوت عنه عن طريقة اللغة فهو من مفهوم الموافقة وأن أحتاج إلى الاجتهاد وإدراك العلة فهو من باب القياس، ومن القياس الأولى، ثبوت الحق بأكثر من شاهدين قياساً على الشاهدين اللذين أعتبرهما القرآن بينة شرعية لأثبات الحق فعلى القاضي الأخذ بها كما في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو ائران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت) (٣) .

١. (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً) ، سورة الأسراء ٢٣ ، (أف :أسم فعل أتضجر وأتكره) ، قال ابن القيم ، أعلام الموقعين ١ / ١٢٨ (وفهمت من قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) ، إرادة النهي عن جميع الأذى بالقول والفعل أن لم ترد نصوص أخرى بالنهي عن عموم الأذى فلو بصق رجل في وجه والديه أو ضربهما بالنعل وقال : أني لم أقل لهما أف لعدده الناس في غاية السخافة والحماسة والجهل من مجرد تفريقه بين التأنيب المنهي عنه وبين هذا الفعل) .

٢. قال القاضي عضد ، شرح مختصر المنتهى الأصولي ٣ / ١٧٢ (مفهوم الموافقة هو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور - المنطوق به - وله أمثلة منها : قوله تعالى (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما)، فعلم من حال التأنيب وهو محل النطق حال الضرب وهو غير محل النطق مع الاتفاق في الحكم وهو إثبات الحرمة فيهما . قال ابن القيم ، المرجع السابق ١ / ٢١٩ (والعلم بمراد المتكلم يعرف تارة من عموم لفظه، وتارة من عموم علته والحوالة على الأول أوضح لأرباب الألفاظ وعلى الثاني أوضح لأرباب المعاني والفهم والتدبر) .

٣. سورة المائدة ١٠ ، كما في قوله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) ، سورة الطلاق ، وقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ، سورة البقرة ٢٨٢ .

## ٢- قياس المساواة (القياس المساوي)

وهو التسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً كما في قياس الخالة على الخال في الميراث الثابت بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (الخال وارث لمن لا وارث له) (١) ، أي لا وارث له من أصحاب الفروض والعصبات لأن الخال والخالة كالعم من الأم والعمة من ذوي الأرحام .

فسبب الميراث فيهما قرابة ذات درجة متساوية، والعلة وهي حماية مصلحتهما المالية وحققهما في تركة المتوفي متساوية ولم يلغ الشارع اعتبار هذه المصلحة كما ألغاه في ميراث البنات مع الأبن والأخت مع الأخ ، أذن الحكم هو المساواة في الميراث .

وأكثر تطبيقات القياس هو من قياس المساواة ، كقياس الاجارة والمضاربة، والرهن ... على البيع في النهي عنه وقت نداء الجمعة والعلة المحافظة على شعيرة الجمعية بمنع ما يشغل عنها، وقياس قتل الموصى له الموصي على قتل الوارث مورثه في المنع من الميراث بجامع حماية الارواح.

## ٣- القياس الأدنى

وهو أن يكون الأصل أولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى، ومن التطبيقات الفقهية لقياس الأدنى : قول بعض الحنفية (٢) بصحة تزويج البنت البالغة العاقلة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها قياساً على تصرفاتها المالية والعلة المشتركة بينهما أن المتصرف فيه حق خاص ولمصلحة خاصة بها ولا فرق إلا بالمالية وغير المالية وهذا لا يؤثر بطريقة تنقيح المناط على إلحاق

١. عن ابن أمارة بن سهل (رض) قال : كتب عمر (رض) الى أبي عبيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث لمن لا وارث له) ، أخرجه احمد في مسنده ٢٨ / ١ .
٢. في شرح فتح القدير والهداية شرح بداية المبتدىء، ٣ / ٢٥٦ وما بعدها (وينعقد نكاح العاقلة البالغة برضاها وأن لم يعقد عليها ولي بكرأ كانت أو ثيباً عند ابي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) في ظاهر الرواية، عن ابي يوسف (أنه لا ينعقد إلا بولي)، وعند محمد (ينعقد موقوفاً على إجازة الولي) ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق - أي في المقيس عليه - وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب الى الوقاحة ، وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء. وعن ابي حنيفة وأبي يوسف (رح) (أنه لا يجوز في غير الكفء) ويتفق معهم بعض فقهاء الجعفرية، الروضة البهية مع اللمعة ٢ / ٧١ ، وبه أخذ المشرع العراقي، حيث لم يعتبر الولاية لا شرطاً للصحة ولا شرطاً للنفاذ .



التصرف غير المالي بالتصرف المالي في الصحة بجامع المصلحة الخاصة في حق خاص ، وتعرض هذا القياس لأنتقاد شديد من قبل جمهور الفقهاء وأعتبر قياساً مع الفارق (١) .

## ما يجري فيه القياس وما لا يجري

**أولاً - ما لا يجري فيه القياس** ليس كل حكم قابلاً للاجتهاد ، والقياس عملية اجتهادية تستهدف توسيع مفهوم النص وتعميمه لما صدقته ، والاجتهاد والتوسيع إن جازا في بعض الأحكام كالمعاملات فأنهما غير جائزين في أحكام أخرى كالجنائيات والعبادات والمقدرات وما لا يمكن تعقل علها كالآتي :

١- لا يجوز القياس في الجنائيات لأن الشريعة الإسلامية أول شريعة أتت بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات قرآنية كثيرة ومنها قوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) (٢) ، وقوله تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلوا عليهم آياتنا) (٣) ، وقوله تعالى (ولو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولاً فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى) (٤) ، وغير ذلك من الآيات الدالة على أن كل جريمة وعقوبة غير تعزيرية تحدد بنص ألهي أو تشريع وضعي ، ولا يملك القاضي سلطة أستحداث الجريمة أو العقوبة لكن له سلطة التخفيف والتشديد في العقوبات التعزيرية في ضوء الظروف المخففة والمشددة . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فأن القياس دليل ظني ، والظن سبيل الخطأ فهو

١ . سبق تخريجه ، واستدل الجمهور بأدلة كثيرة في رد هذا الاتجاه ومنها :-

أ- أنه قياس مع الفارق لأن المقيس ليس حقاً خاصاً بها بل مشترك بينها وبين الأولياء .

ب- في اشتراط موافقتها وموافقة الولي معاً نجاح الزواج وأستمراره وتحقيق ثماره . قال الإمام مالك والإمام الشافعي (رج) ، شرح فتح القدير ٣ / ٢٥٧ (الزواج لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والأستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهن محل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الأعترا وسينات الأختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن) .

ج- ثبت أن أبا يوسف تراجع عن رأيه وأنضم إلى محمد فإذا تعارض قول الإمام مع رأي الصاحبين يؤخذ برأيهما .  
د- في حالة اختيارها لرجل كفاء ، فإن أمتنع الولي يعتبر عاصلاً وتنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى القاضي فلا تظلم في كل الأحوال .

هـ- وإضافة إلى هذه الأدلة العقلية المعارضة للقياس المذكور فأن هناك نصاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بطلان الزواج بدون إذن الولي أو من ينوب عنه ، وهو قوله (أي امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) ، سبل السلام ٣ / ١٥٤ ، ومن شروط صحة القياس أن لا يعارضه النص .

٢ . سورة الأسراء ١٥ .

٣ . سورة القصص ٥٩ .

٤ . سورة طه ١٣٤ .

شبهة فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات وفقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (أدرأوا الحدود بالشبهات) (١) ، وأما ما يتكرر في المراجع الأصولية القديمة والحديثة من بعض الأمثلة للقياس في الجنايات كقياس النبيذ على الخمر، والنباش على السارق، واللواط على الزنا وما شابه ذلك فأن كل ذلك من باب الخلط بين القياس في الأحكام الشرعية وبين القياس في اللغات، فهذه الأقيسة وأمثالها ليست صحيحة إذا استعملت لأثبات حكم الأصل للفرع لأنها إنما تصح في اللغة والتسمية ، فالنبيذ يقاس على الخمر في التسمية ليسمى خمراً فيكون مشمولاً لا بحكم النص لأشتراكهما في المخامرة لأن النبيذ مسكر وكل مسكر مخامر للعقل أيا كان نوعه ومصدره ، فالنبيذ كغيره من المسكرات مشمول بالنص الذي حرم الخمر لأن الكل خمر (٢) .

وكذلك قياس النباش على السارق أن أريد به القياس الشرعي فهو غير دقيق لأن الأول صورة من صور الثاني ، وأن أريد به القياس اللغوي لغرض تسميته سارقاً لأن النبش كالسرقة أخذ مال الغير خفية في حرز مثله بقصد جنائي فهو قياس صحيح ويكون مشمولاً بالنص الذي جاء بعقوبة السرقة بدون القياس الشرعي (٣) .

وقل مثل ذلك في قياس اللواط على الزنا فهو قياس لغوي لتسمية اللائط زانياً لأن معناهما واحد وهو أيلاج محرم في فرج مشتهى فيكون كل منهما مشمولاً بالنص المتضمن لعقوبة جريمة الزنا بدون القياس الشرعي (٤) وإضافة الى ذلك فلا داعي للقياس أصلاً في هذه الأمور وأمثالها لا شرعاً ولا لغة ، فالنبيذ نوع من الخمر ، والنبش صورة من السرقة واللواط من الزنى شرعاً .

١. أخرجه الدارقطني، كتاب الحدود والديات ٢١ / ٨٤ . والبيهقي ، السنن الكبرى ٨ / ٢٢٨ ، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات .

٢. ينظر أعلام الموقعين لابن القيم ١ / ٢٦٧ .

٣. قال ابن القيم ، المرجع السابق ١ / ٢٦٧ (ومن ذلك أيضاً تقصير طائفة في لفظ السارق حيث أخرجوا منه النباش للقبور ثم راموا قياسه في القطع على السارق فقال لهم منازعهم : الحدود والأسماء لا تثبت قياساً فأطالوا وأعرضوا في الرد عليهم ولو أعطوا لفظ السارق حده لرأوا أنه لا فرق في حده ومسماه بين سارق الأثمان وسارق الأكفان وأن أثبات الأحكام في هذه الصور بالنصوص لا بمجرد القياس) .

٤. وقد يكون هذا الخلط بين القياس في الأحكام الشرعية وبين القياس في الأسباب كما وقع في قياس القتل بالمتقل على القتل بالمحدد بجامع القتل العمد العدوان فهو قياس في السببية أي كما أن القتل بالمحدد سبب للقصاص كذلك القتل بالمتقل لأن كلاً من المتقل والمحدد وسيلة مميتة غالباً، فالقتل العمد العدوان سبب للقصاص وكل من القتل بالمتقل والقتل بالمحدد من أفرادهِ .

٢- لا يجوز القياس في العبادات لأن وظيفة أحكامها تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ولا يملك سلطة إنشاء هذه العبادات إلا الله سبحانه وتعالى بخلاف الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان فإنها جاءت في صورة القواعد العامة وتركت التفصيلات والجزئيات للعقل البشري يحصل عليها عن طريق القياس وغيره في ضوء متطلبات وضروريات الحياة في كل زمان ومكان (١) .

٣- لا يجري القياس في الأمور الاعتيادية والخلقية مثل أقل الحيض وأكثره ، والحد الأدنى لسن اليأس ، وأقل الحمل وأكثره ، وأمثال ذلك من الأمور العادية الخلقية الخاضعة للإختلاف بإختلاف الأشخاص والأحوال والمناخ والمكان ، فليس لها مناهج حتى يجري فيها القياس ، فإذا وجد القاضي امرأة مطلقة من ذوات الحيض أكملت ثلاثة قروء في أقل من ثلاثة أشهر لا يستطيع أن يقيس عليها غيرها لأن القراء يختلف بإختلاف النساء .

٤- لا يجري القياس في الأحكام التعبدية وهي التي لا يدرك العقل عللها لأن القياس فرع تعقل العلة ، فإذا كان الأصل غير خاضع لعقل المجتهد فمن باب أولى لا يخضع له فرعه . فلا يجوز نقل الصيام الى شهر آخر قياساً على شهر رمضان بحجة أن الكل أيام الله لأن العقل قاصر عن أدرك علة تخصيص هذا الشهر بالصيام .

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن القياس جائز في التفصيلات والجزئيات من الشروط والأسباب والموانع بالنسبة لما ذكرنا مما لا يجوز فيه القياس .

**ثانياً - ما يجري فيه القياس :** يجري القياس في غير المجالات المذكورة من الأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية ، والأحكام الدولية ، والأحكام الدستورية وغير ذلك لما يتطور بتطور الحياة في العلاقات البشرية ، شريطة أن لا يؤدي القياس الى ما يخالف قاعدة عامة مجمع عليها أو نص صريح . وفيما يلي نماذج من هذه الأقيسة :

---

١. قال ابن القيم ، اعلام الموقعين ١ / ٣٤٤ (الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثم ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله ولا تأثم إلا ما أئمه الله ورسوله به فاعله كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله ولا دين إلا ما شرعه الله ، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم ، والفرق بينهما أن الله لا يعبد إلا بما شرعه على السنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه ، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يجرمها) .

## الأحوال الشخصية

- ١- قاس الفقهاء قتل الموصى له للموصى على قتل الوارث للمورث في الحرمان (حرمان الوارث من الأثر في المقيس عليه وحرمان الموصى له من الوصية في المقيس) للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية أرواح الأبرياء .
- ٢- قاس عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل (رض) الموت على الدخول في وجوب مهر المثل لزوجته مات زوجها قبل الدخول وقبل أن يحدد لها المهر ، والعلة المشتركة هي مصلحة الزوجة في تعويضها بمهر المثل عن الضرر الأدبي الذي يلحقها بعد الفرقة الموجبة لوجوب العدة في الموت وفي الطلاق بعد الدخول ، إضافة الى أنه يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ما يعضد هذا القياس، ورفض سيدنا علي بن أبي طالب (رض) هذا القياس لتخلف العلة المذكورة والحديث بظنه لعدم الثقة بالراوي (١)، وإنما قاسه على الطلاق قبل الدخول .

## ب- في المعاملات المالية

- ١- قياس غير البيع من المعاملات المالية التي تشغل من تجب عليه صلاة الجمعة عن أقامتها على البيع في الكراهة أو الحرمة (حسب الاختلاف) والسبب هو الانشغال عن إقامة الجمعة، والعلة رعاية مصلحة إقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية، ومن قال أن العلة هي الانشغال بالمعاملة عن إقامة صلاة الجمعة فقد خلط بين السبب والعلة .
- ٢- قياس الوكالة العامة على الوكالة الخاصة الثابتة بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه وكل أحد أصحابه ليشتري له شاة بدينار فأشترى له شاتين بدينار واحد فباع أحدهما بدينار ورجع الى الرسول صلى الله عليه وسلم بدينار وشاة فقال له صلى الله عليه وسلم (بارك الله في صفقتك) (٢) .
- والعلة الجامعة هي المصلحة الحاجية الى النيابة عن الغير في التصرفات الشرعية والقانونية القابلة للنيابة لأن الموكل قد لا يستطيع أن يمارس التصرف بنفسه إما لمرضه أو لكبر سنه أو لكثرة أشغاله أو لبعده أو لعدم خبرته أو لأنه لا يلائم مركزه أو لغير ذلك من العلل الحاجية الأخرى .

١. وقد سبق بيان ذلك في محله .

٢. عن عروة البارقي (رض) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة ، فأشترى به شاتين فباع أحدهما بدينار ، وآتاه بشاة ودينار فدعا له صلى الله عليه وسلم بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه . رواه الخمسة إلا النسائي ، وأخرجه البخاري ، سبل السلام ٣ / ٢٩ .

## ج- القياس في الأحكام الدولية

كقياس الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديبية في جواز إنحلال أحد أطراف الاتفاقية عن التزاماته المترتبة عليها إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته ، والعلة المشتركة هي رعاية المصلحة العامة .

## د- القياس في الأحكام الدستورية

قاس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتخاب أبي بكر (رض) للخلافة على أنتخابه من الرسول صلى الله عليه وسلم لأمامة المسلمين في الصلاة في مرض وفاته ، والعلة المشتركة رعاية المصلحة العامة الدينية والدنيوية . فقال الأصحاب حين أنتخاب (رضيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لديننا أفلا نرضاه لديننا ؟) .

## حجية القياس

يدل على أن القياس حجة شرعية ويستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية (القرآن ، والسنة النبوية ، وإجماع الصحابة ، والعقل السليم) .

١- القرآن الكريم أرشد الله سبحانه وتعالى عباده الى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية (الإعادة بعد الموت) على النشأة الأولى (الإيجاد بعد العدم) في قوله تعالى (أولم ير الإنسان أنا خلقناه من نطفة فإذا هو خصيم مبين - وضرب لنا مثلاً ونسي خلقه قال من يحي العظام وهي رميم - قل يحييها الذي أنشأها أول مرة وهو بكل خلق عليم) (١) ، ويعتبر هذا نمطاً خاصاً من القياس العقلي يحال فيه الإنسان الى العقل السليم .

ومن أظهر الآيات الأمرة بالقياس قوله تعالى (فاعتبروا يا أولي الأبصار) (٢) لأن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل الى الفرع والمجاوزة اعتبار لأن معناه العبور والانتقال من مكان الى آخر ، والأعتبار مأمور به في هذه الآية ، والأمر للوجوب لأنه لا قرينة تصرفه عن الوجوب الى غيره(٣) ، أن معنى (فاعتبروا) تأملوا وقيسوا أنفسكم بمن سبقكم ممن كانوا يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين لأنكم أناس مثلهم ، فأن فعلتم مثل فعلهم نالكم ما نالهم من العذاب .

١. سورة يس ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ .

٢. سورة الحشر ٢ .

٣. والحاصل: أن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل الى الفرع ، والمجاوزة اعتبار بدليل ما نقل عن أحمد بن يحيى المعروف بـ (ثعلب) وهو من أئمة اللغة حين سئل عن الاعتبار من أنه قال (الاعتبار أن يعقل الإنسان الشيء فيفعله)، ونقل القاضي أبو بكر في التقريب اتفاق أهل اللغة على أن الاعتبار أسم يتناول تمثيل الشيء بغيره وأجراء حكمه عليه والتسوية بينهما في ذلك والاعتبار مأمور به في قوله تعالى (فاعتبروا) ، فيكون القياس مأموراً به وكل مأمور به واجب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .

ويرى بعض الأصوليين أن أصول الشريعة أربعة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) ، وجه الحصر أن الحكم أما أن يثبت بالوحي أو بغيره ، فالأول أما أن يكون متلوّاً أو لا ، فالأول القرآن والثاني السنة ، وأن ثبت بغير الوحي فإما أن يثبت برأي الجميع فهو إجماع وإلا فهو قياس . وكذلك يستدل على حجية القياس بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول) (١) ، وجه الاستدلال به أن الرجوع إلى الله والرسول قد يكون بالنص عند وجوده وقد يكون بالقياس على ما نص عليه القرآن والسنة من القضايا المشابهة لأن القياس دليل كاشف وليس دليلاً منشئاً ، فالعمل بالقياس يعني الرجوع إلى نص الأصل وإخضاع الواقعة المقيسة لنص الواقعة المقيس عليها . وهكذا قد أشتمل القرآن على أكثر من أربعين مثلاً للقياسات العقلية وهي تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم ، وقد قال سبحانه وتعالى (وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون) (٢) ، فوجه القرآن عقل الإنسان إلى التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين (٣) .

٢- السنة النبوية يفهم من كثير من أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم حجية القياس ، منها أن امرأة خشعمية قالت (يا رسول الله أن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يحج ، أن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال صلى الله عليه وسلم لها (أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته ، أكان ينفعه ذلك ؟) ، قالت : نعم ، قال صلى الله عليه وسلم (فدين الله أحق بالقضاء) (٤) .

ومن سننه التقريرية الدالة على حجية القياس ما روى من أنه أقر معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري على الاجتهاد وأستعمال القياس حينما بعثهما إلى اليمن وقال صلى الله عليه وسلم لهما (بم تحكمان ؟) ، قالوا (بكتاب الله ، فإن لم نجد في كتاب الله حكمنا بسنة رسول الله ، فإن لم نجد الحكم في كتاب الله والسنة نقيس الأمر بالأمر فما كان أقرب للحق نعمل به) ، فصوبهما النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك (٥) ، وقد ورد حديث معاذ بروايات أخرى كما سبق .

١. سورة النساء ٥٩ .

٢. سورة العنكبوت ٤٢ .

٣. لمزيد من التفصيل ، راجع أعلام الموقعين ١ / ١٣١ وما بعدها .

٤. أي أنه من باب قياس الأولى ، مفتاح الوصول في علم الأصول ١٧٨ . في هذا الحديث عملية قياسية مكونة من قياس دين الله على دين آدمي في إنقضاء الإلتزام بالوفاء والعلّة براءة ذمة الدين ، وهذا القياس للتفهيم وليس مصدر الحكم . أخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب الحج عن العاجز . صحيح مسلم بشرح النووي ٩ / ١٠٥ .

٥. الاستاذ محمد (أبو النور) زهير ، أصول الفقه ٤ / ٢٢ .

قال ابن القيم (١) (قاس الرسول صلى الله عليه وسلم فقضى بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها ، وهذا التحريم مأخوذ من تحريم الجمع بين الأختين ، لكن بطريق خفي ، وما حرمة الرسول مثل ما حرمة الله ولكن هو مستنبط من دلالة الكتاب) .

**٣- الإجماع** أجمع فقهاء الصحابة إجماعاً سكوتياً على حجية القياس عندما أقروا ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب (رض) الى أبي موسى الأشعري من أنه قال (الفهم الفهم فيما أدلى البعض مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قاييس الأمر عند ذلك وأعرف الأمثال تم أعمد فيما ترى الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق) (٢) ، وهذا الأمر من عمر (رض) باستخدام القياس علم به كافة الصحابة ولم ينكره واحد منهم فكان ذلك إجماعاً سكوتياً ، وكذلك استخدام الصحابة القياس في أجتهداتهم دون أنكار من أحد .

**٤- العقل السليم** كل من أمن بأن الشريعة الإسلامية خالدة وعرف عن طريق العقل السليم أن نصوصها متناهية وأن ما يواجهه البشر من الوقائع والحوادث والتصرفات غير متناهية وأن المتناهي لا يحكم غير المتناهي ، أدرك بالضرورة أن الاجتهاد بالقياس واجب لأن رفض القياس يعني حصر الشريعة في القضايا التي وردت فيها النصوص وما عداها لا يخضع لها ، وهذا قول بقصور الشريعة الإسلامية وعدم ملائمتها لكل زمان ومكان وعدم شمولها لكل قضية ، ومثل هذا القول باطل فكذلك القول بعدم حجية القياس باطل .

## ومن الجدير بالذكر في هذا المقام

أن الخلاف بين علماء المسلمين في حجية وعدم حجية القياس خلاف لفظي (شكلي) في اعتقادنا لأن من أنكر حجيته ظن أنه دليل منسئي للأحكام الثابتة به ، ومن قال بحجيته رأى أنه ليس دليلاً منشئاً وإنما هو كاشف .

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول بأن الكل متفقون في المعنى والحقيقة على أنه ليس بمنسئي للأحكام التي تنتقل بموجبه من المقيس عليه الى المقيس وإنما مصدرها الحقيقي هو ما دل عليها من

١. زاد المعاد ٤ / ١١ .

٢. أعلام الموقعين لابن القيم ١ / ١٣٠ وفيه (هذا ما أعتد عليه القياسون في الشريعة وقالوا : هذا كتاب عمر الى أبي موسى الأشعري ولم ينكره أحد من الصحابة بل كانوا متفقين على القول بالقياس وهو أحد أصول الشريعة ولا يستغنى عنه فقيه) .

النصوص في المقيس عليه كما أن الكل متفقون على أن القياس يصلح أن يكون وسيلة لتوسيع النصوص وكشف أحكام الأشباه وأمثال ما ورد في هذه النصوص فيما عدا الحالات التي لا يجوز فيها القياس كما ذكرنا .

وأهم ما يدل عقلاً على أن القياس يجب أن يعترف به كوسيلة لكشف حكم الفرع هو أن المجتهد إذا غلب على ظنه أن حكم الأصل (المقيس عليه) معلل بعلّة معينة ثم وجد هذه العلة بعينها في واقعة أخرى (المقيس) حصل عنده الظن بأن حكم الأصل معتد إلى ذلك المحل الذي وجدت فيه العلة ، وفي نفس الوقت يحصل عنده احتمال مرجوح (الذي يسمى وهماً) لعدم تعديته إليه (١) ، وفي هذه الحالة :

أ- أما أن يعمل بما هو راجح (الظن) وما هو مرجوح (الوهم) معاً ، وفي ذلك جمع بين النقيضين ، أي شمولية حكم المقيس عليه للمقيس وعدم شموليته له في وقت واحد .

ب- وأما أن يترك العمل بهما معاً وفي ذلك رفع النقيضين وهو محال أيضاً لأنه يلزم عدم وجود الشمولية واللاشمولية في وقت واحد .

ج- وأما أن يعمل بالمرجوح دون الراجح فيكون ذلك خلاف المنطق ومقتضى العقل السليم .

د- وأما أن يعمل بالراجح فيكون ذلك عملاً بالقياس وهو المطلوب .

## أهمية القياس

بعد الاستعراض المذكور يتبين لنا بوضوح مدى أهمية القياس في الوصول إلى أحكام قضايا لم تتناولها النصوص بالعلاج صراحة ، لأن النصوص كما ذكرنا متناهية والحوادث والوقائع غير متناهية ، ومن المستحيل أن يحيط المتناهي باللامتناهي فالقياس وسيلة من وسائل تفسير النصوص وتوسيعها بحيث تشمل القضايا المسكوت عنها شمولها للقضايا المنطوق بها .

والقياس يجمع الأشباه والنظائر تحت قاعدة شرعية عامة ، والقياس استدلال بعلّة الحكم على ثبوت هذا الحكم لكل قضية تتوافر فيها تلك العلة، والقياس من أهم وسائل العمليات الاجتهادية والقياس وسيلة لأرجاع الجزئيات إلى كليات القرآن . فهو إن كان مهماً في التشريعات الوضعية

---

١ . لأن حصول الظن بالشيء مستلزم لحصول الوهم بنقيضه وحينئذ لا يمكن أن يعمل بالظن والوهم معاً لأنه اجتماع النقيضين، ولا أن يترك العمل بهما لأنه ارتفاع النقيضين ، ولا أن يعمل بالوهم لأنه عمل بالمرجوح مع وجود الراجح . لمزيد من التفصيل، راجع أصول الفقه للاستاذ محمد (أبو النور) زهير، المرجع السابق .



القابلة للتعديل والتبديل فإنه أهم بكثير بالنسبة للشريعة الإسلامية الخالدة التي اقتصررت على القواعد الكلية وتركت التفصيلات والجزئيات للعقول البشرية (١) .

---

١. قال إمام الحرمين ، البرهان ٢ / ٧٤٥٣ (القياس مناط الاجتهاد ، وأصل الرأي ، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة ، وهو المفضى الى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية والنهاية . فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة ، ومواقع الإجماع معدودة ماثورة ، فما ينقل منها متواتراً فهو المستند الى القطع وهو معوز قليل ، وما ينقله الآحاد عن علماء الأعصار ينزل منزلة أخبار الآحاد وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها والرأي المبتوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والأستدلال فهو إذن أحق الأصول بأعتناء الطالب ومن عرف مأخذة وتقاسيمه وصحيحه وفاسده وما يصح من الاعتراضات عليها وما يفسد منها وأحاط بمراتبه جلاءً وخفاءً وعرف مجاريها ومواقعها، فقد أحتوى على مجامع الفقه) .

وقال ابن القيم ، أعلام الموقعين ١ / ٣٢٧ (والصواب أن النصوص محيطية بأحكام الحوادث ولم يخلنا الله ولا رسوله على رأي ولا قياس ، بل قد بين الأحكام كلها . والنصوص كافية وأفية بها ، والقياس الصحيح مطابق للنصوص فهما دليلان للكتاب والميزان ، وقد تخفى دلالة النص أو لا تبلغ العالم فيعدل الى القياس ثم قد يظهر موافقاً للنص فيكون قياساً صحيحاً وقد يظهر مخالفاً فيكون فاسداً وفي نفس الأمر لا بد من موافقته أو مخالفته ولكن عند المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته) .

# المبحث الثاني المصلحة

التعريف بالمصلحة ، اقسامها ، حجيتها ، شروطها ، تعارضها ، اهميتها .

## تعريف المصلحة :

لغة : ما يحقق خيراً للفرد او للمجتمع ، ومنه المصلحة الخاصة والعامة (١) .  
وفي اصطلاح الاصوليين : لها تعاريف متعددة اكثرها تدور حول محور واحد هو جلب منفعة او دفع مضرة او ما يكون وسيلة لحفظ مقصود الشارع .

والتعريف الذي نختاره هو ان المصلحة شرعا عبارة عن منفعة مادية او معنوية دنيوية او اخروية ، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب ، او مندوب ، او مباح ، ودرء مفسدة مستدفة بالامتناع عن العمل بما هو محرم او مكروه (٢) . وهي ترادف الباعث الدافع الى تشريع الحكم من الشارع والى تنفيذه من المكلف . وهذا التعريف المختار مبني على اساس اجماع العلماء من الاصوليين والفقهاء على ان كل مامور به شرعاً نافع ، وكل منهي عنه شرعاً مضر ، وهذا يستلزم ان تكون نتائج اطاعة الله بتنفيذ اوامره واجتناب نواهيه مقاصد لله ومصالح للانسان ، فالقاصد والمصالح امران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار ، ومعيار التمييز بين المنافع والمفاسد معيار شرعي وليس شخصياً (٣) . لان الانسان قد يعتبر شيئاً ما منفعة في نظره في حين انه مفسدة ومضرة عند الشارع .

---

١ . الصحاح في اللغة والعلوم ١ / ٧٢٩ .

٢ . ويمكن استنتاج مثل هذا التعريف من مجموع كلام الشاطبي (الموافقات ٢ / ٢٧ وما بعدها) وعز الدين بن عبد السلام (قواعد الاحكام في مصالح الانام ١ / ٥ وما بعدها) ، وابن الحاجب والقاضي عضد الملة والدين (مختصر المنتهى الاصولي وشرحه ٢ / ٢٤٠ وما بعدها) .

٣ . وفي الاخذ بالمعيار الشخصي تكون المنافع والمضار بصورة عامة نسبية فقد يكون شيء واحد بالنسبة لشخص منفعة وبالنسبة لآخر مضرة ، كما قد يكون شيء معين نفعاً في وقت وضرراً في وقت اخر حتى بالنسبة الى شخص واحد هذا بخلاف المصلحة والمضرة في معيار الشارع .

## اقسام المصلحة من حيث الاعتبار :

قسم علماء الاصول المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره الى ثلاثة انواع :

### النوع الاول :

المصلحة المعتبرة : وهي التي نص الشارع على اعتبارها ورعايتها واجمع الفقهاء على بناء الاحكام عليها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحصينية التي يأتي تفصيلها في تقسيم المصلحة باعتبار الاهمية ، واجمع الفقهاء على جواز بناء الاحكام عليها .

### النوع الثاني :

المصلحة اللغاة (أو المهملة - او غير المعتبرة) : هي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ووجوب اهمالها ، واجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الاحكام عليها لانها تصطدم مع العدالة ، او تخدم فئة قليلة على حساب فئة كثيرة ، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيير الشرع .

### ومن تطبيقات هذا النوع :

أ- مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية وقد نص الشارع صراحة على تحريمها لانها تخدم فئة على حساب يؤس فئة اخرى (١) .

ب- مصلحة المحتكر في احتكار امواله التي يحتاج اليها المستهلكون (٢) وقد ورد النص على تحريمه .

ج- مصلحة الغشاش في بيع الرديء بسعر الجيد وقد حرمه الشرع . (٣)

١. كما في قوله تعالى (يا أيها الذين امنوا لا تاكلوا الربا اضعافاً مضاعفة) آل عمران / ١٣٠ وقوله تعالى (يا أيها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنونا بحرب الله ورسوله وان تبتم فلکم رؤوس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون) البقرة / ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

٢. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (لا يحتكر الا خاطيء) رواه مسلم ، سبل السلام ٣ / ٣٢ .

٣. الغش قد يكون فعلياً كالنصرية ، وصيغ السيارة وقد يكون قولياً كالكذب في بيوع الامانة (المراعبة والوضيعة ، والتولية والاشراك) وقد يكون سكوتياً كالسكوت عن العيوب الخفية ، قال الرسول (ص) : (لا يحل لاحد يبيع شيئاً الا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه) .

د- مصلحة مساواة البنات مع الابن او الاخ الشقيقة مع الاخ الشقيق أو الاخ من الاب مع الاخ من الاب او الزوج مع الزوجة في مقدار الاستحقاق في التركة (١) .

وقد نص القرآن على عدم اعتبار هذه المصلحة لتنافيها مع العدالة التي تقضي بالمساواة في الحقوق والالتزامات ، والتزام الرجل أضعاف التزم المرأة في المجالين المالي وغير المالي تجاه أسرته والمجتمع .

## النوع الثالث :

المصلحة المرسله (او المطلقة) وهي التي لم ينص الشارع صراحة على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتغير بتغير المكان وتتطور بتطور الحياة كتنظيم المرور للحفاظ على حياة الأبرياء وتجريم التهريب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية ... وتطوير الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية وغير ذلك من المتطلبات المستجدة .

## اقسام المصلحة المعتبرة باعتبار الاهمية :

تنقسم المصلحة المعتبرة في ميزان الشرع وبمعياره باعتبار اهميتها بالنسبة للناس الى ثلاثة اقسام : الضروريات والحاجيات والتحسينات .

### القسم الاول : المصالح الضرورية :

وهي المقاصد الالهية في الاحكام الشرعية التي تقتضيها حياة الامم والمجتمعات والافراد بغض النظر عن الدين والمذهب والجنس واللون واللغة والزمان والمكان ، وسميت ضرورية لانه اذا تخلفت او اُختلت كلها او بعضها في اي مجتمع اختل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد .

---

١ . كما في قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) النساء / ٢ وقوله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) النساء / ١٧٦ وقوله تعالى : (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ، ولهن الربع مما تركن ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركن من بعد وصية توصون بها او دين) النساء / ١٢ .

وترجع هذه الضروريات الى خمسة انواع (حفظ الدين ، والنفس ، والعرض ، والمال والعقل) . (١)

**النوع الاول :** حماية الدين : والدين في وجوده وحفظه يحتل الصدارة من بين الضروريات

الخمسة التي هي مقاصد الشارع ومصالح العباد لأن من لا دين له لا التزام له، ومن لا التزام له لا امانة له ، ومن لا امانة له لا يكون محلاً للثقة ولا اهلاً لتحمل المسؤولية وبالتالي لا يصلح ان يكون عضواً في المجتمع ، فهو من حيث الوجود : يتكون من ركنين رئيسيين :

احدهما : ركن معنوي باطني ومن وظيفة القوة المفكرة التي يطلق عليها عادة اسم (القلب) . وهو عبارة عن التصديق (الاعتقاد الجازم الثابت) بذات الله وصفاته وملأئكته وكتبه ورسله وباليوم الآخر (٢) .

وثانيهما : ركن ظاهري ووظيفة الاعضاء الظاهرية للانسان وهي الاعمال الصالحة من العبادات التي كلف بها الانسان لتقوية صلته بربه وهو مع الركن الاول متلازمان فكل يكمل الآخر ويرد ذكرهما معاً غالباً في القرآن الكريم (٣) ، فاذا تحقق احدهما بصورة صحيحة في اي انسان يتحقق الآخر معه لانه لا يتصور عادة الاعتقاد الجازم الثابت بدون العمل الصالح وكذلك العكس .  
ومن حيث الحفاظ : حرم الشارع كل تعرض للدين وأمر بمعاقة اهل البدع

---

١ . قال الغزالي (المستصفى ص ٢٥١) : (وتحريم تقويت هذه الاصول الخمسة والزجر عنها يستحيل ان لا تشمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التي اريد بها اصلاح الخلق ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل ، والزنا، والسرقه ، وشرب المسكر اما ما يجري مجرى التكملة والتتمة لهذه المرتبة (كالحاجيات والتحصينات) فقد اختلف فيه الشرائع) .

٢ . قال سبحانه وتعالى (والمؤمنون كل امن بالله وملأئكته وكتبه ورسله لا نفرق بين احد من رسله) البقرة / ٢٨٥ .

٣ . كما في قوله تعالى (والعصر ان الانسان لفي خسر الا الذين امنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر) سورة العصر / ١ ، ٢ ، ٣ .

السيئة والافكار المضادة للعقيدة (١) ، وحرم الارتداد وشرع العقوبات الدنيوية والاخروية ضد كل من يرتد عن دينه (٢) .

وفرض الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم ضد المعتدين على الدين وعلى اهل الدين (٣) .

**النوع الثاني :** حماية النفس وما دون النفس : فمن حيث الوجود : شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الانسان وتكوين النفس (٤) .

ومن حيث المحافظة : حرم الاعتداء على النفس وما دون النفس (٥) .

وشرع حق الدفاع الشرعي (٦) وفرض القصاص (٧) ، وحرم الانتحار ، وعلى ولي الامر فرض العقوبات التعزيرية على كل من يؤذي الغير ويفعل ما يضر بصحته . واطافة الى ذلك خلق ما هو من مستلزمات الحياة واستمرارها كالماء والهواء واشعة الشمس واباح للانسان الطبيات بقدر ما يحافظ به على صحته .

**النوع الثالث :** حماية النسب والعرض : (٨) فمن حيث الوجود اباح المعاشرة الزوجية طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي ، وامر الابوين ومن ينوب

- 
- ١ . كما في قوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله) ، البقرة / ١٩٣ .
  - ٢ . كما في قوله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك حبطت اعمالهم في الدنيا والاخر) البقرة / ٢١٧ . وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : (من بدل دينه فاقتلوه) .
  - ٣ . قال تعالى (يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلك خير لكم ان كنتم تعلمون) سورة الصف / ١٠ ، ١١ .
  - ٤ . كما في قوله تعالى (ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الروم / ٢١ .
  - ٥ . قال تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الابالحق) الانعام / ١٥١ .
  - ٦ . قال تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) البقرة / ١٩٤ .
  - ٧ . قال تعالى (ولكم في القصاص حياة يا اولي الاباب) البقرة / ١٧٩ .
  - ٨ . فرق البعض بينهما وبذلك جعل الضروريات ستاً بدلا من الخمس لكن الامرين متلازمان تقريبا فالحفاظ على احدهما حفاظ على الاخر .

عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما . ومن حيث الحفاظ والحماية : حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول او الفعل فحرم القذف واللعان بالكلام (١) وحد للقاذف واللاعن عقوبة ، وحرم الاعتداء الفعلي بتحريم الخلوة والزنا وحدد العقوبة للزانية والزاني . (٢)

**النوع الرابع :** حماية المال : فمن حيث الوجود شرع لكسب المال اسبابا مشروعة منها الميراث والوصية والتبرعات والمعاضات ، وابعاح الصيد (٣) والطيبات من الاموال المباحة (٤) .

ومن حيث الحفاظ عليه : حرم الاعتداء على اموال الغير بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة .

وشرع عقوبات منها حدية (٥) ومنها تعزيرية على المعتدين ، وفرض التعويض العادل على كل من يتلف مال الغير بغض النظر عن اهليته وقصده ، فكل تصرف من شأنه ان يلحق الضرر بمال الغير يوجب التعويض ويستوي في المناط العمد والسهو والعلم والجهل والرشد والصبان لان هذه الشريعة بنت التعويض على اساس الضرر سواء وجد الخطأ ام لم يوجد اذا ترتب الضرر على الفعل مباشرة خلافا للقانون الوضعي .

- 
- ١ . مأخوذ من اللعن لانه يقول الزوج في الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . قال تعالى : (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين) سورة النور / ٦ - ٩ .
  - ٢ . قال تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) الاسراء / ٣٢ . وقال (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) .
  - ٣ . قال تعالى (احل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة) المائدة / ٩٦ .
  - ٤ . كما في قوله تعالى (يا ايها الذين امنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم) البقرة / ١٧٢ .
  - ٥ . قال تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) المائدة / ٢٨ .

**النوع الخامس :** حفظ العقول : يشترك الانسان مع سائر الكائنات الحية في الصفات والغرائز الذاتية والمكتسبة كالولادة والمرض والموت والجنس والاكل والشرب والنوم وغير ذلك .

ويتميز منها الانسان بميزة العقل الذي يفضلته تمكن من ان يصل الى ما وصل اليه من التطورات الحضارية الحديثة المدهشة ، ولاهمية العقل في حياة الانسان حرم الشارع كل ما يحدث الخلل فيه من المسكرات والمخدرات وحدد العقوبة لمن يتعاطاها لان وجود العقل وكماله من ضروريات الحياة في جميع الاوقات .

### **القسم الثاني : المقاصد (المصالح) الحاجية :**

وهي المصالح التي يحتاج اليها الانسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق وهي تلي المصالح الضرورية في الاهمية وتعتبر مكملة لها كما يلي :

١- فيما يتعلق بحفظ الدين من الحاجيات : شرع الرخص المخففة في اقامة شعائره عند قيام الاعذار المشروعة والظروف الاستثنائية حيث تتبدل العزائم عند الاعذار والظروف غير الطبيعية وتتحول الى الرخص دفعا للحرج (١) ، فالصلاة الرباعية تصبح ثنائية في السفر (٢) ، ويجمع بين الظهر والعصر تقديماً وتأخيراً ، وكذلك بين المغرب والعشاء .

ويحق للمريض والمسافر والحامل والمرضعة الافطار والقضاء عند زوال العذر والظرف المخفف (٣) ولن بلغ مرحلة الشيخوخة ووجد نفسه انه لا يستطيع الصيام الا بمشقة له الافطار ودفع الفدية (٤) فهذه الاحكام وامثالها تحقق للانسان مصالح حاجية وهي رفع الحرج ودفع

---

١ . قال تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم) المائدة / ٦ .

٢ . قال تعالى (فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة) النساء / ١٠١ .

٣ . قال تعالى (فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر) البقرة / ١٨٤ .

٤ . قال تعالى (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) البقرة / ١٨٤ .



المشقة ، ويرى بعض الفقهاء وجوب الاخذ بالرخص كلما كان لها مبرر لانها مكرمة ونعمة من الله فلا يجوز للانسان ان يرد ما اعطاه الله تطيفاً به (١) .

ب- وفيما يتعلق بالحياة من المصالح الحاجية امر الشارع بالتداوي عند المرض (٢) وابعاح اكل مال الغير بدون اذنه واكل الميتة عند الجوع الشديد وعدم وجود الطعام المباح استثناء من القاعدة الشرعية العامة القاضية بتحريمهما (٣) ، وابعاح استعمال الدم وقت الحاجة ، وابعاح كشف العورة عند الفحص ، وغير ذلك من الرخص التي هي الحاجيات المحافظات على الحياة .

ج- وفيما يتعلق بالمال من الحاجيات : ابعاح الشارع التوسيع في العقود والشروط حتى تشمل العقود المستثناة من القواعد الشرعية العامة لحاجة الناس اليها كعقد السلم (٤) وعقد الاستصناع (٥) وعقد الغرر (٦) ...

وقال جمهور الفقهاء الاصل في العقود والشروط الاباحة رعاية لحاجة الناس واستناداً الى التوسعة المفهومة من الآيات القرآنية المتعلقة برفع الحرج ودفع المشقة والعسر (٧) .

١. في المحلى (٦ / ٢٤٣) : (ومن سافر في رمضان سفر طاعة او سفر معصية او لا طاعة ولا معصية ففرض عليه الفطر اذا تجاوز ميلا وقد بطل صومه حينئذ لا قبل ذلك .. وفرق بعض بين سفر الطاعة وسفر المعصية فلم يروا الفطر في سفر المعصية وهو قول مالك والشافعي ..  
وبرهان صحة قولنا قوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر) فعم الاسفار ولم يخص سفرأ من سفر) .
٢. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (تداووا عباد الله فان الله سبحانه لم يضع داء الا وضع معه شفاء الا الهرم) .
٣. قال سبحانه وتعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) الاية ثم قال سبحانه استثناء من هذه القاعدة : (فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم) المائدة / ٣ .
٤. السلم لغة : التقديم والتسليم ، وشرعاً : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً ، وفي الثمن اجلاً ، فالبيع يسمى مسلماً فيه ، والثمن رأس المال والبائع يسمى مسلماً اليه ، والمشتري رب السلم . التعريفات للجرجاني ص / ١٢٠ . ونظم المشرع الاردني احكام السلم بالمواد (٥٣٢ - ٥٣٨) من القانون المدني الاردني .
٥. وهو يشمل عقد العمل وعقد المقاولة .
٦. الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ايكون ام لا .
٧. كما في قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) البقرة / ١٨٥ .

د- وفيما يتعلق بالانساب والاعراض من الحاجيات شدد الشارع في اثبات جريمة الزنا وتهمة القذف منعا لتطاول الالسنه على اعراض الناس وانسابهم فجعل نصاب شهادة اثبات هذه الجرائم الاخلاقية بمن لا يقل عددهم عن اربعة رجال بالغين عاقلين عادلين (١) فاذا شهد اقل من هذا العدد يعاقب الشهود بالعقوبة المقررة للقذف (٢) وذلك لستر عيوب الناس والمحافظة على اعراضهم .

وحرم الخلوة بين الذكر والانثى البالغين سن المراهقة وجاز التزواج بينهما ولم يكن معهما محرم لان الخلوة ذريعة الى الوقوع في خطيئة الزنا ، وحرم التبرج لانه وسيلة للفساد الخلقى (٣) .

هـ- وفيما يتعلق بحفظ العقل من الحاجيات : تحريم قليل المسكر او المخدر كحرمة كثيرة (٤) لابعادها عن متناول الايدي .

وتحريم بيع المواد الاولية التي تصنع منها المسكرات كالعنب والتفاح والتمر ونحو ذلك لمن يثبت انه يحولها الى المسكر (٥) .

### القسم الثالث : المقاصد (المصالح) التحسينية :

وهي التي لا يختل نظام الحياة ولا يقع الانسان في ضيق وحرَج ومشقة بتخلفها كلها او بعضها ، ولكنها لا يستغني عنها الانسان في وصوله الى الكمال وتحليه بالمحاسن وتخليه عن الرذائل . وقد طلب الشارع رعاية التحسينات والكماليات في كل شيء وبصورة خاصة في العبادات والمعاملات والعقوبات والاعدات :

١. قال تعالى (ولولا جاؤا عليه باربعة شهداء) النور / ١٣ .
٢. قال تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) النور / ٤ . وقال : (واللاتي ياتين الفاحشة من نساكنم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) النساء / ١٥ .
٣. قال تعالى : (ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى) الاحزاب / ٣٣ .
٤. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما اسكر كثيره فقليله حرام) سبل السلام ٤ / ٤٥ .
٥. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من حبس العنب ايام القطاف حتى يبيع من يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيرة) سبل السلام ٣ / ٣٨ .

أ- في العبادات : أمر الشارع بنظافة البدن والملبس والمكان ... عند إقامة العبادات اضافة الى الامر بنظافة القلب من الحقد والحسد والبغض والانانية والطغيان .. وأمر باقامة السنن من الصلاة والصيام والصدقات والحج اضافة الى الفرائض زيادة في تقوية الصلة بين العبد وربّه وتنقية للسلوك من الشوائب المشينة .

ب- وفي المعاملات المالية : حرم الشارع الاحتكار (١) والتدليس (٢) والغش (٣) والجشع في التعامل لان هذه الامور من الصفات الرذيلة . نهى عن بيع الرجل على بيع اخيه (٤) .. وعن تلقي الركبان وعن بيع الحاضر للبادي (٥) ، وغيرهما من عقود الغرر وحرم التعامل بالخباثت كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لانها تضر بالصحة .

ج- وفي العقوبات : حرم التمثيل بجثة من ينفذ عليه القصاص (٦) كما حرم التمثيل والاهانة بجثث القتلى في الحروب . وحرم المس بكرامة الاسير ، وامر باحترامه . وجعل الشبهة في جرائم الحدود وسيلة لسقوط عقوبتها (٧) ، وفتح باب العفو عن العقوبة او تخفيفها امام صاحب الحق، وحث على ذلك في آيات كثيرة (٨) ، وحرم قلع الاشجار ، وحرقت المزروعات ، وهدم البيوت ، وقتل الحيوانات اثناء الحروب .

- 
١. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : ( لا يحتكر الا خاطيء) رواه مسلم ، سبل السلام ٤٢ / ٣ .
  ٢. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ( لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين (الرأيين) بعد ان حلبها ان شاء امسك وان شاء ردها وصاعا من تمر) متفق عليه ، سبل السلام ٣ / ٢٣ ، والتصيرية ربط اخلاف الناقة والشاة والبقرة .. وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيظن المشتري ان ذلك عادتها .
  ٣. مر الرسول صلى الله عليه وسلم على صبرة (الكومة المجموعة من الطعام) فادخل يده فيها فنالت اصابعه بللا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال اصابته السماء يا رسول الله قال : افلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس مني) رواه مسلم سبل السلام ٣ / ٢٨ .
  ٤. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : ( لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبته) المرجع السابق .
  ٥. وقال : ( لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد) المرجع السابق ٢ / ٢٦ . الركبان : الذين يجلبون الى المدينة محصولاتهم لبيعها فيها .
  ٦. قال تعالى (ولا يسرف في القتل انه كان منصورا) الاسراء / ٣٣ .
  ٧. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : ( ادراوا الحدود بالشبهات ما استطعتم)
  ٨. قال تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) الاسراء / ٣٣ ، (فمن عفى له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف) البقرة / ١٧٨ .

د- وفي العادات : حرم الغيبة والنميمة ، والتدخل في شؤون الغير (١) والتلاعب بالموازين (٢) والتبذير والتقتير في الانفاق (٣) وأمر برعاية الكفاءة في الزواج حتى يكون ادوم ، وأمر باستئذان البنت اضافة الى اذن الولي في الزواج ، (٤) ومنع ان تتولى المرأة تزويج نفسها بدون اذن وليها حتى لا تنسب اليها الوقاحة (٥) وحذر من سوء الظن (٦) وحرّم الحسد والنفاق ، والكذب (٧) واعتبر الرياء والتملق نوعا من الشرك (٨) ، وأمر بان يكون ظاهر الانسان مطابقاً لباطنه وان يصدق عمله كلامه مهما كلف الثمن (٩) .

## الصلة بين اقسام المصالح :

يتضح لنا من العرض المذكور لاقسام المصالح باعتبار اهميتها : انها في الحقيقة مراتب (او درجات) وتحتمل الضروريات الدرجة الاولى في الاهمية والحاجيات الثانية ، والتحسينات الدرجة الثالثة .

فالثالثة متممة للثانية ، والثانية للاولى ، فالاخيرتان خادمتان لها فتتأثران كلياً بفواتها وتتأثر هي جزئياً بفواتها كالآتي .

- ١ . قال تعالى : (ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً) الحجرات / ١٢ وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : (من حسن اسلام المرء تركه ما لا يعنيه) .
- ٢ . وروى في صحف ابراهيم (ع) من عد كلامه من عمله قل كلامه الا فيما يعنيه) والمراد بالكلام ما يشمل العمل ، سبل السلام / ١ / ٢٣٤ وقال : الصمت حكمة وفاعله قليل ، المرجع السابق / ٤ / ٢٣٧ .
- ٣ . قال تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) الاسراء / ٢٩ . وقال تعالى : (ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين) الاسراء / ٢٦ ، ٢٧ .
- ٤ . قال صلى الله عليه وسلم (لا تنكح اليم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستأنن) سبل السلام / ٣ / ١٥٥ .
- ٥ . قال (ص) (لا نكاح الا بولي) . المرجع السابق / ١٥٣ .
- ٦ . قال الرسول صلى الله عليه وسلم (اياكم والظن فان الظن اكذب الحديث) متفق عليه سبل السلام / ٤ / ٤٨ .
- ٧ . وقال (اياكم والحسد فان الحسد يأكل الحسنات كما تاكل النار الحطب) ، المرجع السابق / ٤ / ٢٣٨ .
- ٨ . قال الرسول صلى الله عليه وسلم (اية المنافق ثلاث اذا حدث كذب ، واذا وعد اخلف واذا اؤتمن خان) متفق عليه المرجع السابق / ٤ / ٢٤٦ .
- ٩ . قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (ان اخوف ما اخاف عليكم الشرك الاصغر الرياء) المرجع السابق / ٤ / ٢٤٣ .

- ١- الضروري اصل للحاجي ، والتحسيني (التكميلي) : فالوجود الدنيوي كالاخروي متوقف على رعاية وحماية الضروريات الخمس ، فلو عدم الدين لعدم الثواب والعقاب في الآخرة ولاصبح خلق الانسان عبثاً وسدى ، وقد قال تعالى في استفهام انكاري (أحسب الانسان ان يترك سدى) (١) ، ولو عدمت الحياة او العقل لعدم من يتدين ، ولو عدم النسل لزال بقاء سلالة الانسان بالطريقة المطلوبة ، ولو فقد المال لاستحال العيش .
- ب- اختلال الضروريات يستلزم اختلال الحاجيات والتحسينات لان الضروري اصل (وموصوف) وزواله يستلزم زوال فرعه (او وصفه) ، ولو انتفى اصل العقد لانتفى كل اعتبار لشرط عدم الجهالة وعدم الغرر ، وكذلك لو سقط القصاص لم يبق لاعتبار الماثلة دور ، وهكذا ..
- ج- لا يلزم من اختلال الحاجي او التحسيني اختلال الضروري دائماً، فالزواج لا يبطل اذا لم يذكر فيه المهر (٢) وكذلك العقد لا يعتبر باطلا اذا حصل فيه الغرر (٣) وهكذا ..
- د- قد يؤدي اختلال الحاجي او التحسيني الى اختلال الضروري اذا اهملت رعايته لان الراعي الذي يرعى حول الحمى يوشك ان يقع فيه . (٤)

١. سورة القيامة / ٣٦ .

٢. المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج بل من متمماته ويدل على ذلك دلالة اشارة قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة) لان الطلاق تابع للزواج فالزواج صحيح قبل فرض وتقدير المهر .
٣. والعقود المنصبة على الجوز واللوز وغيرهما من ذوات القشور فيها الغرر مع اعتراف الشرع بصحتها ، والعقود الاحتمالية كعقد التأمين فيها الغرر ويعترف بها القانون وقد نظم المشرع الاردني ثلاثة عقود من عقود الغرر في القانون المدني الاردني، اولها: عقد الرهان والمقامرة ونظمت احكامه المواد ٩٠٩ - ٩١٥ . (والرهان عقد يلتزم فيه امرؤ بان يبذل مبلغاً من النقود او شيئاً آخر جعلاً يتفق عليه لمن يفوز بتحقيق الهدف المعين في العقد) م٩٠٩م، (وكل اتفاق على مقامرة او رهان محظور يكون باطلاً) م ٩١٥ / ١ . والثاني: المرتب مدى الحياة، ونظمت احكامه المواد (٩١٦-٩١٩). والثالث: عقد التأمين، ونظمت احكامه المواد (٩٢٠-٩٤٩).
٤. قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (ان الحلال بين والحرام بين وبينهما متشابهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك ان يقع فيه الا وان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه ، الا وان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله ، واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهي القلب) متفق عليه ، قال الغزالي (رح) : (لا يراد بالقلب المضغة ، اذ هي موجودة للبهائم مدركة بحاسة البصر بل المراد بالقلب لطيفة ربانية روحانية لها بهذا القلب الجسماني تعلق وتلك اللطيفة هي حقيقة الانسان وهي المدركة العارفة من الانسان) ، سبل السلام . ٢٢٨ / ٤ .

فمن شرب كمية قليلة من المسكرات قد يندفع الى تعاطي الكميات الكثيرة المخلة بحفظ العقل ، ومنع الخلوة مع امرأة اجنبية بدون محرم من الحاجيات ، واخلاله قد يؤدي الى حدوث الخلل في الضروري (حفظ العرض والنسب) بالوقوع في خطيئة الزنا ، وهكذا .. ولان المتجري على الاخف بالاخلال به معرض للتجرؤ على الاشد ثم قد يكون في ابطال المكملات بصورة مطلقة ابطال الضروريات بوجه ما .

هـ. ما جاء في الفقرات الاربعة المذكورة يدل بوضوح على ان الانسان يجب ان يلتزم برعاية وحماية الحاجيات والتحسينات تبعا لالتزامه بحفظ الضروريات (١) .

## ابعاد ترتب المصالح على الاحكام :

سبق بيان ان مقاصد الشارع في تشريع احكامه مصالح الانسان ولكن هذا لا يعني ان الترتب لازم ضروري لا ينفك عن الحكم ، بل قد يكون يقينيا ، وقد يكون ظنيا ، (وقوعه راجحا) ، وقد يكون متساوي الوجود والعدم ، وقد يكون وهما (عدمه هو الراجح) لاسباب خارجة عن الحكم وممانعة عن ترتب المقصود عليه كالاتي :

أ- قد يكون تحقق المصلحة بعد تنفيذ الحكم قطعيا كترتب حقوق المتعاقدين على البيع الذي يستوفي اركانه وشروطه وتنفي موانعه ، فبمجرد تمام هذا البيع يترتب حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع ترتبا يقينيا غير قابل للشك ، ومن المعروف ان صحة العقد من الاحكام الشرعية الوضعية .

ب- وقد يكون ظنيا (اي تحققه راجحا على عدمه) كمصلحة حفظ الحياة المترتبة على تنفيذ القصاص ، فالقصاص يحقق الانزجار وقد ثبت بالاستقراء ان الممتنعين عن القتل اكثر بكثير من المقدمين عليه بفضل العقوبة لان العاقل اذا علم انه **اِنْ قَتَلَ قَتِلَ** ، امتنع غالبا عن الاقدام على ارتكاب جريمة القتل ومع ذلك يبقى بعض الناس لا يتعظون بالعقوبة .

وكذلك عقوبة قطع اليد لمرتكبي السرقات تترتب عليها مصلحة حفظ الاموال ترتبا ظنيا كما يشهد بذلك واقع البلاد التي تطبق فيها هذه العقوبة (٢) .

١. لمزيد من التفصيل راجع الموافقات للشاطبي ٢ / ١٦ وما بعدها .

٢. كالمملكة العربية السعودية .

ج- وقد يكون وجود المصلحة وعدمها بدرجة متساوية كما في عقوبة تعاطي المسكرات فان تطبيقها في العصور الاسلامية اثبت انه لم يكف الناس عن تعاطيها كفا قطعيا او ظنيا (١) ولعل ذلك قد يرجع الى عدم شدة العقوبة (٢) أو الى تزامن عوامل مشجعة كعدم انتشار الوعي الديني والثقافي وقلة الالتزام ببقية الاحكام الشرعية المنظمة للسلوك .

د- وقد يكون عدم حصول المقصود أرجح لخلل لا يرجع الى اصل الحكم ، وانما لعوامل تحول دون ترتب المصلحة على الحكم كمن تزوج امرأة طاعنة في سن اليأس لغرض التناسل فان عدد من لا تنسل منهن اكثر ممن تنسل بمقتضى طبيعة الحال .

### حجية المصلحة باعتبارها دليلا شرعيا كاشفا للاحكام :

رغم ان معظم اهل الشرع قديماً وحديثاً على ان افعال الله تعالى غير معلة بالاغراض (٣) ، الا ان الكل متفقون على ان جميع احكامه متكفلة بتحقيق مصالح العباد اذا خضعوا لها ونفذوها بالطريقة المطلوبة . ولو رجعنا الى القرآن الكريم والعقل السليم لوجدنا ان هناك ادلة منها عقلية ومنها عقلية تدل بشكل لا يقبل الجدل والنقاش على حجية المصلحة باعتبارها دليلا شرعيا كاشفا لاحكام الله .

**اولا : القرآن الكريم :** يتضمن القرآن الكريم مئات الايات وهي تدل دلالة واضحة على ان بواعث احكام الله هي مصالح الناس ومنها ما يلي :

أ- قوله تعالى : (ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب) (٤) : يدل على ان باعث تشريع القصاص هو مصلحة حماية الحياة .

---

١. مختصر المنتهى الاصولي وشرحه ، المرجع السابق ٢ / ٢٤٠ .

٢. ويؤيد ذلك ان الخلفاء الراشدين اضافوا الى اصل العقوبة (اربعين جلدة) عقوبة تعزيرية كانت عبارة عن اربعين جلدة اخرى عندما وجدوا عدم كف بعض الناس عن تعاطي المسكرات .

٣. وسندهم هو انه لو كان فعله لغرض لكان ناقصا بذاته مستكملا بغيره وهو تحصيل ذلك الغرض ، ولكن هذا يُرد بان الغرض يعود الى الانسان لا اليه .

٤. البقرة / ١٧٩ .

ب- وقوله تعالى : (واقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر) (١) : يدل على ان باعث تكليف الانسان باقامة الصلاة هو انها من الوسائل الاحترازية والوقائية ضد السلوك الاجرامي وهي تحول دون انحراف المصلي نحو ارتكاب الفواحش والمنكرات وفي ذلك مصلحة الدين وحفظ الحياة وحماية المال والنسب والعقل .

ج- وقوله تعالى (يا ايها الذين امنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) (٢) ، يدل على ان في الصيام والتخلي اكتساب التقوى ، والتقوى : قمة التحلي بالاخلاق الفاضلة ، والتخلي عن الرذائل ، وجه التسمية انها تقى الانسان عن الشر .

د- وقوله تعالى : (وما ارسلناك الا رحمة للعالمين) (٣) ، يدل على ان باعث ارسال سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم - كسائر الانبياء هو تحقيق الرحمة (المصلحة) التي تتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة .

هـ- وقوله تعالى : (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم) (٤) يدل على ان تكليف الانسان بالاحكام لاتمام النعمة عليهم من غير ان يؤدي هذا التكليف الى الضيق والمشقة والحرج .

**ثانياً : المعقول :** العقل السليم يقضي بان الخالق الذي خلق كوننا لم يصل ولن يصل العقل البشري بعد لا الى الاحاطة بابعاده ، ولا الى ادراك الغازه ولا الى استيعاب مكوناته ليس بحاجة الى ما كلفنا به من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيره من سائر العبادات والاعمال الخيرة ، كذلك لا يتأثر باعمالنا الشريرة .

ولو فرضنا ان عالم الانسان باسره يكون مستغرقا في السجدة او منهمكا في الاحاد والزندقة والفساد لما نقصت ولا زادت ذرة من عظمة الله .

١ . العنكبوت / ٤٥ .

٢ . البقرة / ١٨٣ .

٣ . الانبياء / ١٠٧ .

٤ . المائدة / ٦ .



وبناء على ذلك فاحكامه اما ان تستهدف مصالح الناس او تبقى بدون هدف ، والشق الثاني باطل لانه عبث والله تعالى منزه ان يعمل عبثاً فيثبت الاول وهو المطلوب ، والنتيجة الحتمية لهذا الواقع الشرعي هي ان مصالح الناس علل باعثة على تشريع الاحكام ، وقانون المنطق يرجع جميع الاستدلالات الى الدليل اللمي وهو الاستدلال بالمعلول على وجود علته ، والى الدليل الإنسي وهو الاستدلال بالعلة على وجود معلوله ، والعمل بالمصلحة لاكتشاف الحكم يرجع الى الدليل الانسي واختلاف العلماء من الاصوليين والفقهاء في العمل بالمصلحة يرجع الى سببين :

احدهما : عدم تجديد المعنى المراد بالمصلحة .

**وثانيهما :** الخلط بين كون المصلحة دليلاً كاشفاً لحكم الله وبين كونها دليلاً موجداً له . أما اذا حددنا المقصود منها بالمصلحة المعتبرة التي ترجع الى الضروريات او الحاجيات او التحسينات وفسرنا مصدريتها للاحكام بكونها دليلاً كاشفاً لارتفع الخلاف او لاصبح خلافاً شكلياً (لفظياً).

## شروط العمل بالمصلحة :

يشترط لصحة العمل بالمصلحة والاستدلال بها على وجود الحكم وكشفه ان تتوافر فيها الشروط التالية :

١- ان تكون مندرجة تحت مقاصد الشارع بان تكون راجعة اما الى المصالح الضرورية او الحاجة او التحسينية .

٢- عدم معارضتها لنص تكون دلالاته على الحكم قطعية (١) أو اجماع : اما اذا تعارضت مع نص تكون دلالاته على الحكم ظنية بان يكون عاماً لم يقصد عمومه او مطلقاً لم يكن اطلاقه مراداً فعندئذ يعمل بالمصلحة فيخصص بها العام ويقيد بها المطلق ، وبالتالي تعتبر بياناً لمراد الشارع .

٣. عدم تفويتها لمصلحة اهم منها : فالعمل بمصلحة بقاء عضو مصاب بمرض السرطان والامتناع عن قطعة تفويت لمصلحة اهم ، وهي بقاء حياة المصاب وانقاذها بمنع انتشار المرض عن طريق قطع العضو .

١. فلا يستدل بالمصلحة الاقتصادية على مشروعية الفوائد الربوية لانها اولاً لا ترجع الى المصالح الشرعية من الاقسام الثلاثة ، وثانياً تتعارض مع آيات قرآنية دالة على تحريمها دالة قطعية . وكذلك لا يستدل بمصلحة الانثى على التسوية بينها وبين الذكر في الميراث لتعارض هذه التسوية مع النصوص القرآنية .

## كيفية رفع التعارض بين المصالح :

بعد الاستعراض المذكور للمصلحة نستطيع ان نستنتج لرفع التعارض بين المصالح المعايير الاتية:

- ١- اذا تعارضت مصلحة حماية الدين مع مصلحة حماية الحياة او المال تقدم الاولى لانه لولا الدين لما كانت للحياة قيمة حقيقية (١) .
- ٢- اذا تعارضت مصلحة حماية الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الاولى لانه اذا زهبت الحياة لا تعوض بخلاف المال ، ولان المال مقصود لاجل الحياة (٢) .
- ٣- اذا تعارضت مصلحة حماية المال او الحياة مع مصلحة العرض والكرامة والشرف تقدم الثانية لان الانسان بدون الكرامة لا يساوي شيئاً (٣) .
- ٤- اذا تعارضت المصلحة الضرورية مع الحاجة او التحسينية تقدم الاولى لانها اكثر اهمية (٤) .
- ٥- اذا تعارضت المصلحة التحسينية مع الحاجة تقدم الثانية لانها اهم .
- ٦- اذا تعارضت مصلحتان عامتان او خاصتان يختار اهمهما .
- ٧- اذا تعارضت مصلحة عامة مع اخرى خاصة تقدم العامة (٥) .

- 
١. وقد فرض الله الجهاد بالنفس والمال في سبيل حماية الدين وحماية بلده .
  ٢. يحرم التهريب في سبيل الحصول على الارباح ، وكذلك يحرم كل فعل يقصد به الحصول على المال والربح اذا كان من شأنه ان يعرض الحياة للخطر .
  ٣. يجب على الانسان ان يضحى بحياته وبماله في سبيل حماية شرفه وعرضه لان الدفاع الشرعي عن الاعراض والانساب واجب بخلاف الدفاع الشرعي عن المال فانه حق .
  ٤. اذا تعارضت مصلحة الحفاظ على حياة امرأة مع مصلحة الحفاظ على ستر عورتها في حالة العلاج جاز كشف العورة امام طبيب مختص اجنبي بشروط ليتولى العلاج او العملية عند الحاجة .
  ٥. مصلحة خريج الكلية تتطلب ان يتولى وظيفة بعد تخرجه ومصلحة البلد تقتضي التحاقه بالجيش ليتدرب على استعمال السلاح ويدافع عن بلده كلما تعرض لخطر العدوان ، وتقدم الثانية لانها اهم ولان للخريج نصيباً من هذه المصلحة العامة .

- ٨- اذا تعارضت مصلحة مع مفسدة وكانتا متساويتين في الحجم والآثار او كانت المفسدة اكثر يجب ترك المصلحة لدفع المفسدة (١) .
- ٩- اذا تعارضت مصلحة فعلية قائمة مع أخرى احتمالية تقدم الاولى (٢) .
- ١٠- اذا تعارضت مفسدتان (او مضرتان) يجب اختيار اقلهما خطورة لدفع اشدّهما (٣) .
- ١١- اذا تعارض الضرر الخاص مع الضرر العام يختار الاول لدفع الثاني (٤) .
- ١٢- اذا تعارضت مصلحتان وكان في رعاية احدهما سد الذرائع تقدم هذه على الاخرى (٥) .

١. لصانعي الخمر ويأثمونها مصلحة مادية وكذلك للدولة مصلحة مالية في استيراد المشروبات المسكرات ، ولكن المفسدة التي تترتب على تعاطي هذه المسكرات سواء بالنسبة الى الفرد او المجتمع اكثر بكثير من تلك المصلحة ، ولذا قال سبحانه وتعالى (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما) .
٢. وعلى هذا الاساس اذا فقد شخص ولم يعرف مصيره جاز لزوجته المتضررة ماديا او معنويا ان تطلب التفريق، وبهذا قضى عمر بن الخطاب (رض) حيث قال : تتكح زوجة المفقود بعد اربع سنين من انقطاع الخبر (المستصفي ص ٢٥٧) . في هذه الحالة يقوم التعارض بين مصلحة الزوجة في رفع الضرر الحال المؤكد عنها بالتفريق والتزويج وبين مصلحة الزوج لاحتمال بقائه على الحياة وفي التفريق الحاق ضرر به لكنه ضرر غير مؤكد لاحتمال موته ولذلك تقدم مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج ويحكم بالتفريق اذا مضت المدة المعقولة وطلبت هي ذلك .
٣. وفي هذا المعنى جاء في المجلة (م ٢٨) : (اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما) فهذه سياج دار الجار لفتح الطريق امام سيارة الحريق مفسدة ، واحتراق المحل بما فيه من البضائع والاموال ايضا مفسدة ، فيختار الاولى لدفع الثانية مع دفع تعويض لصاحب السياج ، لان الجواز الشرعي الاستثنائي لا ينافي الضمان .
٤. اذا كانت عمارة مملوكة ملكية خاصة او عامة ماثلة الى السقوط يجب هدمها دفعا للضرر العام . وهذا ايضا من باب تقديم مصلحة حماية الارواح على مصلحة حماية الاموال ..
٥. مثل ذلك قد يكون في ضرب المتهم مصلحة الاعتراف بجريمته ، غير أن هذه المصلحة تتعارض مع اخرى وهي مصلحة المضروب فانه ربما يكون بريئاً من الذنب ، وترك ضرب مذنّب اهلون من ضرب بريء لانه ان كان فيه فتح باب كشف الجريمة الا انه يؤدي الى مفسدة وهي فتح باب تعذيب البريء (المستصفي ص ٢٥٤) .

ومن الواضح ان هناك كثيرا من الامور الضارة في حد ذاتها لكنها تعتبر منافع بالنسبة لغيرها ومن هذا القبيل المخاطرة بالارواح في حالة قيام حق الدفاع الشرعي عن البلد والمال والنفس والعرض ... وكذا عقوبات المجرمين كقتل الجناة وحبس المفسدين المتجاوزين على حقوق الناس وغير ذلك من كل عقوبة بدنية او مالية او نفسية فانها ضارة في حد ذاتها لكنها وسائل لحماية الناس في ارواحهم واعراضهم واموالهم وغيرها من المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية ... ولذلك اجيزت شرعا وقانونا بل سميت مصالح تجوزا من قبيل تسمية السبب باسم مسببه من حفظ الدين والحياة والعرض والمال والعقل وما يتعلق بهذه المصالح .

## اهمية المصلحة :

للمصلحة الشرعية الحقيقية اهمية كبيرة في التفاسير الاجتهادية والتطبيقات القضائية ، والتشريعات الوضعية ، والتعديلات القانونية كالآتي :

١- المصلحة وسيلة لتوسيع معنى النص وامتداد مجال تطبيقه ليشمل ما هو منطوق به ، وما هو مسكوت عنه ، لان كل نص شرعي من نصوص الاحكام يتضمن قاعدة شرعية كلية دالة على حكم لما هو مذكور فيه (منطوق) ، فاذا استطاع المجتهد ان يدرك من هذه القاعدة حكمة ، ومصصلحة حكمها تمكن من ان يطبق الحكم على كل مسألة جزئية يمكن ان تندرج تحتها في ضوء المصلحة المتوخاة من تشريعها (١) .

٢- المصلحة وسيلة مهمة من وسائل تفسير النصوص (٢) الغامضة فاذا كان النص غامضا لسبب ما لا يجوز للقاضي ان يمتنع من تطبيقه بحجة الغموض بل يجب عليه ان يستعين بالوسائل المعترف بها شرعا وقانونا لازالة هذا الغموض ومن اهم هذه الوسائل المصلحة المتوخاة من تشريع النص الغامض .

---

١ . قال الغزالي (شفاء الغليل ص ٨٢) : [ قال الله تعالى (ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما) الاية : لا يسبق الى الفهم من الاكل معنى الاكل وانما يسبق اليه معنى الاحتياج والتقويت للمال حتى يعلم - على الارتجال - او بادنى تأمل ان الظلم بهية ماله ، والتبرع به ، واتلافه ، واحراقه والقائه في البحر وغير ذلك من وجوه الاتلاف كالظلم بالاكل بل يكاد يصير الاكل كناية من الاتلافات ] .

٢ . نصت المادة (٣) من القانون المدني الاردني على :- (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله الى قواعد اصول الفقه الاسلامي) . وهذه القواعد هي في حقيقتها وسائل معرفة للمصالح الشرعية في الجزئيات والحوادث ، وادلة كاشفة لتعلق الاحكام الشرعية بتلك المصالح .

٣- العمل بالادلة الشرعية التبعية لاحكام الفقه الاسلامي يرجع في الحقيقة والواقع الى العمل بالمصلحة وعلى سبيل المثل ذكرنا سابقا ان القياس استدلال بعلة (مصلحة) حكم مسئلة على وجوده في مسئلة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة .

وكذلك العمل بالاستحسان عمل بمصلحة لاجلها عدل عن القاعدة الكلية في بعض المسائل الجزئية ، وهكذا ..

٤- النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي تواجه الاسرة البشرية في الماضي والحال والمستقبل غير متناهية ، والمتناهي لا يمكن ان يحيط باللامتناهي الا عن طريق قواعده الكلية ورعاية المقاصد (المصالح) التي شرعت هذه القواعد لاجلها .

٥- والمصلحة مناط تشريع القانون الوضعي وتعديله والغائه والمشرع في كل بلد من بلاد العالم في التشريع والتعديل والالغاء يتصرف بمقتضى المصالح العليا في هذا البلد (١) .

٦- المصلحة اساس مشترك لتوحيد التشريعات الوضعية في الدول ذوات المصالح المشتركة كالدول الاسلامية والدول العربية في الوقت الحاضر وكدول اوربا الشرقية أو الغربية ولا يخفى ما لهذا التوحيد من نتائج مهمة في شتى مجالات الحياة .

والمصلحة وغيرها من المصادر التبعية تعد وسائل لارجاع الجزئيات الى كليات النصوص ، فهي مصادر كاشفة للاحكام وواسعة الرحاب بحيث لو استعملت بصورة صحيحة لجعلت الفقه الاسلامي مصدراً خصباً لا للقوانين العربية والاسلامية فحسب بل لقوانين دول العالم باسرها .

---

١ . التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ، (م ٢٣٣) مدني اردني .

# المبحث الثالث الاستحسان

حقيقته ، اساسه ، تطبيقاته ، اهميته

## حقيقة الاستحسان :

بعد الاطلاع على عشرات من تعاريف علماء الاصول في مختلف المذاهب الفقهية والاصولية الاسلامية (١) . وجدت بلطف من الله ان الاستحسان عبارة عن : عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الاصلي في واقعة معينة اذا وجده المجتهد احسن بمعيار شرعي .

ولقد اثنى القرآن الكريم على اختيار الاحسن من بين الامور المتعارضة فقال سبحانه وتعالى :  
(فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه) (٢) .

---

١ . ومنها : تعريف الكرخي من الحنفية (كشف الاسرار ٣ / ١١٢٣) بانه (عدول الانسان عن ان يحكم في المسئلة بمثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه اقوى يقتضي العدول عن الاول) . وقد وجدت هذا التعريف اقرب التعاريف الى حقيقة الاستحسان .

وتعريف الباجي من المالكية : (شرح تنقيح الفصول ص ٤٥) : هو القول باقوى الدليلين . وتعريف التفتازاني من الشافعية (حاشيته على شرح مختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٨٩) ان (الذي استقر عليه رأي المتأخرين في تعريفه هو : ان الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق اليه الافهام) . وقال الفتوحى من الحنابلة (شرح الكوكب المنير ص ٢٨٨) : الاستحسان في عرف الاصوليين : هو العدول بحكم المسئلة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسئلة) وهذا التعريف قريب من تعريف الكرخي المذكور . ويقول الاستاذ محمد تقي الحكيم من الشيعة الامامية (الاصول العامة للفقهاء المقارن ص ٢٦١) : والمعروف عن الشيعة الامامية والظاهرية انهم من نفاة الاستحسان ، ثم يقول : ان كان المراد من الاستحسان هو خصوص الاخذ باقوى الدليلين فهو حسن ولا مانع من الاخذ به الا ان عداه اصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له) .

٢ . سورة الزمر / ١٨ .

وكذلك امر بالاحسان الذي هو جلب مصلحة او دفع مفسدة (١) ، فقال سبحانه وتعالى (ان الله يأمر بالعدل والاحسان) .

## ايضاح التعريف :

١- ان لله تعالى في كل واقعة من وقائع الزمان ، وفي كل تصرف من تصرفات الانسان حكماً ، فان وصل اليه المجتهد فهو مصيب والا فهو مخطيء . وقد وردت هذه الحقيقة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، واذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله اجر) .

وكذلك لله تعالى في كثير من القضايا حكمان :

احدهما يختص بحالات السعة والظروف الاعتيادية ويسمى (عزيمة) .

وثانيهما يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة ويسمى (رخصة) .

---

١ . قال الامام عز الدين بن عبد السلام السلمي (رح) في كتابه (قواعد الاحكام في مصالح الانام ٢ / ١٨٩) : (واجمع اية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاصد بأسرها قوله تعالى : (ان الله يأمر بالعدل والاحسان وابتاء ذي القربى ، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون) ، فان الالف واللام في العدل والاحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دق العدل وجله شيء الا اندرج في قوله (ان الله يأمر بالعدل) ولا يبقى من دق الاحسان وجله الا اندرج في امره بالاحسان .

والعدل : هو التسوية والانصاف ، والاحسان : اما جلب مصلحة او دفع مفسدة) ، وقال ايضا (٢ / ١٣٨) : (اعلم ان الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة واجلة تجمع كل قاعدة فيها علة واحدة ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة او مفسدة تربو على تلك المصالح ، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاصد الدارين او في احدها تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة او مصلحة تربو تلك المفاصد وكل ذلك رحمة بعباده ورفع بهم) .

والرخصة : تغير الحكم من الصعوبة الى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الاصيلي (١) .

ب- عندما يجد المجتهد (او القاضي) تعارض الحكمين (العزيمة والرخصة) (او تعارض دليلهما) في قضية يوازن ويقارن بينهما ، فان وجد ان تطبيق الحكم الاصيلي (العزيمة) يجلب مشقة لا تطاق او حرجا شديداً عليه ان يعدل عن العمل بمقتضى دليل الحكم الاصيلي الى العمل بموجب دليل الحكم الاستثنائي ، لانه احسن لذي العلاقة في هذه القضية من حيث خلوه عن الحرج الذي ياباه القرآن في آيات كثيرة ومنها : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢) (وما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون) (٣) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (٤) .

واكد الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في اقواله ومنها (بعثت بالحنفية السمحي) (٥) (انما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين) (٦) (ان الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا ولم يجعله ضيقا) (٧) .

١. في متن جمع الجوامع لابن السبكي وشرحه للمحلي (١ / ١١٩) ورد الآتي : والحكم الشرعي المأخوذ من الشرع ان تغير من حيث تعلقه من صعوبة له على المكلف الى سهولة كأن تغير من الحرمة للفعل او الترك الى الحل له لعذر مع قيام السبب للحكم الاصيلي المتخلف عنه للعذر فرخصة اي فالحكم المتغير اليه السهل المذكور يسمى رخصة ، وهي لفة السهولة كاكل الميتة للمضطر والقصر الذي هو ترك الاتمام للمسافر ، والسلم هو بيع موصوف في الذمة ، وفطر مسافر في رمضان لا يجهد الصوم اي لا يشق عليه مشقة قوية ، واجبا (اي اكل الميتة) وقيل هو مباح ، ومندوبا (اي القصر) ومباحا (اي السلم) وخلاف الاولى (اي فطر مسافر لا يجهد الصوم فان جهده فالفطر اولى) .. واتى بهذه الاحوال اللازمة لبيان اقسام الرخصة من وجوب وندب واباحة وخلاف الاولى ، وحكمها الاصيلي الحرمة ، واسبابها الخبث في الميتة وبخول وقتي الصلاة والصوم في القصر والفطر ، لانه سبب لوجوب الصلاة تامة والصوم ، والغرر في السلم وهي قائمة حال الحل واعذاره والاضطرار والحاجة الى ثمن الغلات قبل ادراكها .

٢. سورة الحج / ٧٨ .

٣. سورة المائدة / ٦ .

٤. سورة البقرة / ١٨٥ .

٥. أخرجه احمد في مسنده .

٦. الطبراني عن ابن عباس .

٧. رواه الشيخان من حديث ابي هريرة .



وقد استنبط الفقهاء الاصوليون من هذه الايات والسنن قواعد كلية ومنها : (المشقة تجلب التيسير) (١) (اذا ضاق الامر اتسع) (٢) (الضرورات تبيح المحظورات) (٣) (الضرورات تقدر بقدرها) (٤) (ما جاز لعذر يبطل بزواله) (٥) ، (الاضطرار لا يبطل حق الغير) (٦) الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق احاد الناس كالجماعة والاجارة فانهما جريا على حاجات خاصة والحاجة اذا عمت كانت كالضرورة .

## اساس فكرة الاستحسان في القرآن :

ارشد القرآن الكريم الانسان الى العدول من تطبيق الحكم الصعب الى الاخذ بالحكم السهل كلما اقتضى الامر ذلك في آيات كثيرة ومنها :

أ- قوله تعالى : (انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم) (٧) .

ب- قوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) (٨) .

ج- قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون اياما معدودات فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين فمن تطوع خيراً فهو خير له وان تصوموا خير لكم ان كنتم تعلمون) (٩) .

---

١ . مجلة الاحكام العدلية (م ١٧) .

٢ . المجلة (م ١٨) .

٣ . هذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) . سورة البقرة / ١٧٣ ، وقد نصت عليها المادة (٢٢٢) مدني اردني .

٤ . هذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى (غير باغ ولا عاد) في الآية المذكورة .

٥ . المجلة (م ٢٣) .

٦ . المجلة (م ٢٣) ، والمادة (٦٣) مدني اردني .

٧ . سورة البقرة / ١٧٣ .

٨ . الانعام / ١١٩ .

٩ . سورة البقرة / ١٨٣ ، ١٨٤ .

د- قوله تعالى : ( يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل (١) ، وان كنتم على سفر فلم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ، وغير ذلك من الآيات الاخرى من هذا القبيل .

ومن الواضح ان كل آية من هذه الآيات تتضمن حكيمين احدهما اصلي والاخر استثنائي :

فالاولى تدل على ان حكم اكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة لما في ذلك من المضرة الصحية ، اما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الاباحة بل الوجوب ان توقف عليه انقاذ الحياة . وتدل الثانية على ان كل ما حرم على الانسان في الحالات الاعتيادية يتحول الى المباح في الحالات الاضطرارية .

وتدل الثالثة على ان حكم صيام رمضان في الحالات الاعتيادية هو الوجوب . اما في الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة كالمرض والسفر فيرفع الوجوب ويحل محله الاباحة على ان يقضي الصوم بعد زوال العذر ، واذا استمر العذر كمرض مزمن ولا يرجى زواله او شيخوخة يصعب معها الصيام فالبديل هو الفدية .

ونستنتج من هذه الآيات وامثالها ان اساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه ورفع بعد الوقوع وفقاً لقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) .

وقد اكد الرسول صلى الله عليه وسلم مبدأ الاخذ بالاخف (٢) والاستثناء من القاعدة العامة لدفع الحرج ورفع المشقة في افضيته واقواله ومنها : اقراره للتعامل بالسلم (٣) مع مخالفته لقاعدة نهي عن بيع المذموم : فبعد ان هاجر الى المدينة المنورة وجد ان التعامل بالسلم عرف متداول ، ورأى انه يحقق مصلحة التجار في استثمار نقودهم ، ومصلحة اصحاب الاراضي الزراعية في استثمار ارضهم

---

١. سورة البقرة / ٢٨٢ .

٢. تخفيف الحكم قد يكون باسقاطه كما في المجنون ، او في تأجيله كالاغطار للمسافر والمريض ، او البديل كالفدية بدل الصيام بالنسبة للشيوخ الكبار والمريض مرضاً لا يرجى شفاؤه ، والتقديم والتأخير والتنقيص كصلاة المسافر .

٣. بعد ان هاجر الى المدينة المنورة ووجد حاجة الناس اليه .

فأقره بعد ان نظمه فقال : من اسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم (١) ، ووزن معلوم (٢) ، الى اجل معلوم (٣) ، وحكمه الاصلي هو عدم الجواز لان محل العقد حين انشائه معدوم .

وهذا ما اقره الرسول صلى الله عليه وسلم في قاعدة فقال : (لا تبع ما ليس عندك) (٤) .

## اقضية الخلفاء الراشدين على اساس فكرة الاستحسان :

من تتبع المراجع المعتمدة وجد كثيرا من تطبيقات مبدأ الاستحسان في اقضية الخلفاء الراشدين ومنها :

١- قضاء سيدنا عمر بن الخطاب (رض) (٥) بالعدول عن العقوبة الحدية لجريمة السرقة ضد الجاني الى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المسؤول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب الجريمة استثناء من قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء ما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم) (٦) كما في قضية سرقة غلمان حاطب حين سرقوا ناقة رجل من مزينه فنحروها ، ولما رفع الامر الى الخليفة عمر بن الخطاب امر بقطع ايديهم بعد ثبوت الجريمة ، ولكن قبل تنفيذ العقوبة قال لسيدهم حاطب : اراك تجيعهم ، والله لاغرمنك غرامة تشق عليك ، ثم قال لمالك الناقة كم ثمنها ؟ قال كنت امنعها من اربعمائة درهم (اي لم ابعها بهذا الثمن) ، ف قضى عمر باعفاء العبيد من العقوبة وبالحكم على حاطب بثمانمائة درهم (٧) .

١ . اذا كان المسلم فيه مما يكال .

٢ . اذا كان مما يوزن .

٣ . عن ابن عباس (رض) قدم النبي (ص) المدينة المنورة وهم يسلفون الثمار السنة والستين فقال : من اسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ، متفق عليه وللبخاري (من اسلف في شيء) ، فتح الباري ٤ / ٥٣٨ ، صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب المساقات ، باب السلم ، ١١ / ٤٤ .

٤ . عن حكيم بن حزام قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي فابيعه منه ثم ابتاعه في السوق قال : (لا تبع ما ليس عندك) المنتقى شرح الموطأ / ٤ / ٢٦٨ . أخرجه الامام أحمد ٣ / ٤٠٢ ، وابو داود ، كتاب البيوع ٣ / ٢٨١ .

٥ . وكذلك قضاؤه بمشاركة الاخوة الاشقاء للاخوة من الام في الميراث في الاسهم المخصصة لهم من ثلث التركة في المسألة المشتركة وهي اذا توفيت عن زوج وام واخوين من ام واخوة اشقاء او الاشقاء والشقيقات مع ان القاعدة العامة تقضي بالحجب بالاستتراق .

٦ . سورة المائدة / ٣٨ .

٧ . موطأ الامام مالك ٢ / ١٤٢ .

ومن قضائه في المعاملات المدينة (المالية) حكمه بجواز وصية الصغير المميز والسفيه  
استثناء من شرط اهلية التبرع (١) .

ب- قضاء سيدنا عثمان بن عفان (رض) في خلافته بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها  
استثناء من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث بموجب  
قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم  
.. الاية) (٢) .

وقد قضى بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف بعد ان طلقها في مرض موته رعاية لمصلحة  
الزوجة ، وسدا للباب امام من تسول له نفسه ان يطلق زوجته في مرض موته ليحرمها من  
تركته ، ولم يعترض احد على قضائه هذا ، لذا اعتبره فقهاء المسلمين اجماعا سكوتيا (٣) ،  
ومصدرا لحكمهم به ، ولم يشذ عن القول بهذا الحكم الاستثنائي احد سوى الظاهرية (٤) .

ج- قضاء سيدنا علي بن ابي طالب (رض) بتضمين الصناع : القاعدة العامة الواردة على لسان  
رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا ضمان على مؤتمن) (٥) . ومن الواضح ان يد كل صانع  
وكل ذي حرفة كالنجار والخياط والنساج والمقاول على المواد الاولية المودعة لديه لصنع ما هو  
المطلوب منها يد امانة لا يضمن تلفه ما لم يكن متعديا او مقصرا ولكن رعاية لمصلحة اصحاب  
تلك المواد الاولية قضى سيدنا علي بن ابي طالب في خلافته بتضمينهم استثناء من القاعدة  
العامة (١) .

- 
١. ذلك لرعاية مصلحة الموصي في الحصول على الاجر والثواب في الآخرة مع عدم انتقال ملكية الموصى به الى الموصى له الا بعد وفاة الموصى ، لمزيد من التفصيل راجع المنتقى شرح الموطأ ٤ / ١٥٤ .
  ٢. سورة النساء / ١٢ .
  ٣. راجع المنتقى شرح الموطأ ٤ / ٨٦ - ٨٧ .
  ٤. لمزيد من التفصيل والاطلاع على الآراء الخلافية في هذه المسئلة راجع مؤلفنا شرح قانون الاحوال الشخصية (احكام الميراث والوصية) ص ١٠٣ وما بعدها .
  - وقد قضى ابو يوسف بتوريث زوج المرتدة منها اذا ارتدت في مرض موتها استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم الارث بعد الفرقة الزوجية . الخراج لابي يوسف ص ١٨٢ .
  ٥. نيل الاوطار ٥ / ٢٩٦ ، البيهقي ٦ / ٢٨٩ .
  ٦. لمزيد من التفصيل في هذه المسئلة وفي التفريق بين الاجير الخاص والاجير المشترك راجع الهداية وبداية المبتدي من شرح فتح القدير ٩ / ١٢٠ وما بعدها .

## الاستنتاج :

يمكن ان نستنتج من هذا العرض للاستحسان النتائج التالية :

١- الاستحسان ليس لذة ولا هوى كما ظن البعض (١) وانما هو العدول عن تطبيق الحكم الاصلي في واقعة معينة الى حكم استثنائي لما يقتضيه من جلب نفع او دفع حرج او رفع ضيق ... وقد ارشدنا الى ذلك القرآن الكريم في آيات كثيرة كما ذكرنا بعضا منها .

٢- الاستحسان ليس عدولا الى اقوى الدليلين كما ظن الكثير من الاصوليين بل هو عكس هذا التصور ، لان المفروض ان الحكم الاصلي اما بنص صريح عام او قاعدة شرعية عامة معترف بها من قبل جميع ائمة الفقه وان العدول الى الحكم الاستثنائي ليس لكون دليله اقوى وانما لان الواقعة المعنية بهذا الحكم لها خصوصيتها وظروفها الاستثنائية حيث لو طبق الحكم الاصلي لادى الى قيام حرج مرفوض شرعا او فوات مصلحة مقصودة شرعاً .

٣- الاستحسان ليس عدولا عن القياس الجلي الى القياس الخفي كما تصور البعض ، لان هذا العدول الخاص ليس الا صورة من صور الاستحسان وهو في حقيقته يرجع الى العدول عن القاعدة العامة القاضية بالعدل بالقياس الجلي اذا تعارض مع القياس الخفي .

٤- تقسيم الاستحسان الى الاستحسان بالنص والاجماع والعرف والقياس والضرورة (٢) تقسيم غير سليم بالنسبة للقسمين الاولين لان العدول الثابت بالنص كما في العدول من الصيام الى الفطر في السفر والمرض والثابت بالاجماع كما في عقد الاستصناع ليس من باب الاستحسان

---

١ . قال ابن حزم الظاهري في كتابه (الاحكام في اصول الاحكام ٥ / ٧٥٨) : (والحق حق وان استتبعه الناس ، والباطل باطل وإن استحسبه الناس ، فصَحَّ ان الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال بالله تعالى نعوذ من الخذلان) ، وقال الشوكاني (ارشاد الفحول ص ٢٤) : (فعرفت بمجموع ما ذكرنا ان ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه اصلا ، لانه ان كان راجعا الى الادلة المتقدمة فهو تكرار ، وان كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء بل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة ، وبما يضاهاها اخرى) . هذه نماذج من الحملات غير العادلة على هذا الاصل من اصول الفقه الاسلامي الذي ثبتت حقيقته واهميته باذن الله .

٢ . كما ورد هذا التقسيم في المراجع الاصولية الحنفية والمالكية والمؤلفات الحديثة ، في فتح الغفار بشرح المنار (٣ / ٣٠) (والاستحسان يكون بالنص والاجماع والضرورة والقياس) وكذلك في كشف الاسرار (٣ / ١١٢٥) ومصادر التشريع فيما لا نص فيه للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٦١ - ٦٢ ، اصول الفقه الاسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي ١ / ٢٨٢ وما بعدها .

الذي هو مصدر عقلي تبعي كاشف ، ولان مصدر الحكم في هاتين الحالتين هو النص والاجماع ولا يرجع الى العمل بالاستحسان عند وجود واحد منهما كما هو واضح .

٥- العمل بالاستحسان يرجع الى العمل بالمصلحة من جلب منفعة او دفع مضره الا ان العمل بها في صورة الاستحسان يكون من باب الاستثناء من القواعد الكلية والنصوص العامة فكل واقعة يطبق فيها الاستحسان تطبق فيها المصلحة دون العكس .

٦- الاستحسان اصل من اصول الفقه الاسلامي ارشدنا الى تطبيقه القرآن الكريم والسنة النبوية وقضاء الخلفاء الراشدين ، وله اهمية كبيرة في الحياة العملية وفي الوقائع المحاطة بالظروف الطارئة حيث تطبيق الاحكام الاصلية فيها يؤدي الى حدوث حرج او تفويت مصلحة مشروعة .  
والحاصل ان الاستحسان عبارة عن العدول عن العمل بالعزيمة الى العمل بالرخصة لما يدعو الى ذلك ، وان العمل بالاستحسان هو العمل بالنصوص التي تدعو الى اليسر ورفع الحرج .

### التطبيقات الفقهية المستندة الى مبدأ الاستحسان :

- بنى فقهاء المسلمين وبصورة خاصة الحنفية - كثيرا من الاحكام الفقهية على الاستحسان ومنها :
- ١- للاب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر (١) ، وللمجد تزويج حفيده من حفيده استثناءً من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد (وعدم جواز صدور الايجاب والقبول من شخص واحد) ذلك رعاية لمصلحة القاصر (٢) .
  - ٢- اذا ظفر الانسان بجنس حقه بمال من ظلمه فانه يستقل باخذه فيقوم مقام القابض والمقبض لمسيس الحاجة (٣) .
  - ٣- الانابة في الشهادة ، فتقبل الشهادة على الشهادة لعذر رغم ان الشهادة مأخوذة من المشاهدة (٤) ذلك رعاية لحماية حقوق الناس (٥) .

- 
١. وسياق نص المادة (١٢٤) مدني اردني يفيد الاخذ بهذا الحكم بشرط كون التصرف صدر من الاب او الجد (الصحيح) ، وبقيمة المثل أو بغبن يسير .
  ٢. قواعد الاحكام في مصالح الانام المرجع السابق ٢ / ١٧٥ .
  ٣. المرجع السابق ٢ / ١٧٦ .
  ٤. المحلى لابن حزم ٩ / ٤٣٨ .
  ٥. في المغنى لابن قدامة (٩ / ٢٠٦) : (اجمعت العلماء من اهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها) .

٤- عدم قبول شهادة الاصول لمصلحة الفروع وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الاصول  
من الاطلاق الوارد في النصوص ومنها قوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم ....  
الاية (١) ، ذلك رعاية لحماية حقوق الناس (٢) .

## الاستحسان وتعديل الالتزامات القانونية القائمة :

قد ينشأ الالتزام صحيحاً سواء كان مصدره قانونياً ام تصرفاً قولياً (عقداً او ارادة منفردة) ام  
تصرفاً فعلياً (نافعاً او ضاراً) ام واقعة قانونية ، ولكن قد يستصحبه حين انشاء مصدره او بعده  
ظرف خاص او شرط تعسفي يجعل تنفيذه بمقتضى مصدره المنشئ ضاراً باحد اطراف العقد او  
غير ملائم مع مصلحة عامة ، الامر الذي يبرر للقاضي ان يتدخل ليعدل الالتزام او مصدره بما يزيل  
(او يخفف) الضرر ، او يحقق مصلحة عامة .

وعلى هذا الاساس يمكن القول بان جميع التعديلات القضائية او الادارية بل حتى التشريعية  
رعاية للعدالة او المصلحة العامة ترجع الى تطبيق الاستحسان الذي هو اصل من اصول الفقه  
الاسلامي ، ومن تطبيقات التعديلات الراجعة الى هذا الاصل ما يلي :

### اولاً : تعديل الالتزام لازالة (او تخفيف) الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ :

مقتضى القاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين) (٣) هو وجوب تنفيذه العقد طبقاً لما اشتمل عليه  
لقوته الملزمة فلا يجوز لاي من اطرافه او القاضي ان يستقل بنقضه او تعديله .

ومع ذلك اذا طرأ ظرف (او حادث) استثنائي عام (٤) لم يكن في الوسع توقعه وترتب على حدوثه  
ان اصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً (٥) للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً

١ . البقرة / ٢٨٢ .

٢ . المغنى المرجع السابق ٩ / ١٩١ . المهذب لابي اسحاق الشيرازي ٢ / ٣٣٠ .

٣ . القانون المدني الفرنسي (م ١١٣٤ / ٣) والمدني المصري (م ١٤٧) وفي معناها: (الاصل في العقد رضا المتعاقدين  
وما التزمه في التعاقد) م ٢١٣ / مدني اردني .

٤ . في الفقه الاسلامي لا يشترط ان يكون عاماً بل يعتبر من الظروف الطارئة المبررة للتعديل المرض والافلاس  
ونحوهما .

٥ . أي لا مستحيلاً والا انقضى الالتزام تلقائياً ، وانفسخ العقد . واحكام الظروف الطارئة اوردتها المادة (٢٠٥)  
من القانون المدني الاردني ، وشروط الأخذ باحكامها هي الشروط المذكورة اعلاه .

للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة ذلك (١) .

ويعتبر باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك لان حق طلب ازالة الضرر من النظام العام واصل هذا التعديل هو الاستحسان (٢) .

## ثانياً : تعديل الالتزام بسبب الاستغلال :

اذا كان احد العاقدين قد استغلت حاجته او طيشه (٣) ، او هواه او عدم خبرته (٤) او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقدته غبن فاحش (٥) جاز خلال مدة يحددها القانون او العرف ان يطلب من القاضي تعديل التزامه برفع الغبن عنه الى الحد المعقول ، فهذا التعديل من تطبيقات الاستحسان لانه عدول عن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) الى تطبيق مبادئ العدالة .

١- في بعض القوانين للمدين ان يطلب الفسخ وللمتعاقد الاخر ان يرداً طلب الفسخ بان يعرض تعديلاً للشروط بما يتفق مع العدالة ، وبه اخذ القانون المدني الايطالي (م ١٤٦٧) .

٢- ومن شروط تطبيق الظروف الطارئة ما يلي :

١- ان يكون العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر او الفوري المؤجل او الدوري .

ب- ان يحدث بعد العقد ظرف (او حادث) استثنائي عام غير متوقع كالحرب والفيضان والزلازل .

ج- ان يجعل هذا الظرف (او الحادث) تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً . ومن المعروف ان هذه النظرية لها جذورها واسسها في الشريعة الاسلامية المشبعة بالقواعد الاخلاقية وقواعد العدالة . وقد ازدهرت النظرية في

القانون الدولي ثم انتقلت الى القانون الاداري واخذ بها القضاء الاداري ثم اقراها القانون المدني الخاص .

٣- الطيش عدم التفكير بعواقب الامور .

٤- عدم القدرة على تمييز الجيد من الرديء .

٥- الغبن الفاحش بيع السلعة باكثر من ثمنها الذي تعارف عليه الناس عادة او يبيعه باقل من ثمنها المتعارف عليها .

وفكرة الغبن ترجع الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (اذا بايعت فقل لا خلافة ثم انت بالخيار في

كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فاردد) اخرج الامام مسلم في كتاب البيوع ،

باب من يخدع في البيع . صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ / ٤٣٣ . والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم

المقومين بخلاف الغبن اليسير ، والغبن اليسير مغتفر الا اذا كان المغبون قاصراً او دولة او جهة الوقف .

لمزيد من التفصيل راجع القانون المدني العراقي (م ١٢٥ ، والمصري (م ١٢٩ / ١) وشروحهما ، وللدكتور

عبد الرزاق السنهوري الوسيط ١ / ٣٦٣ ف ٢٠٦ . ولم يورد المشرع الاردني احكاماً خاصة متعلقة

بالاستغلال عند ذكره عيوب الرضا في القانون المدني الاردني ، كما فعل المشرعان المصري والعراقي ، وقد

يبرر ذلك انه اكتفى بالقواعد العامة ، وباحكام التفرير مع الغبن الفاحش . لكنه جعل جزء التفرير المقترن

بغبن فاحش جواز فسخ المغير به العقد، (م ١٤٥) ، ما لم يكن المغير به مديناً محجوراً عليه أو مريضاً مرض

الموت ، وكان دينهما مستغرقاً للمالهما ، فحكم العقد انه موقوف على رفع الغبن أو إجازة الدائنين له والأبطل ،

ولو كان الغبن يسيراً ، م (١٤٧) ، ويفسخ العقد بالغبن الفاحش وان لم يقترن به تفرير اذا اصاب مال المحجور

او مال الوقف او اموال الدولة (م ١٤٩) .



### ثالثاً : تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه او التأخر فيه فهو تقدير اتفاقي للتعويض قبل وقوع الضرر .

فاذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة في هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي الى حد يتلائم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ او التأخير (١) .

وهذا يرجع ايضاً الى العمل بالاستحسان .

### رابعاً : تعديل الالتزام عن طريق تعديل شروط عقد الاذعان :

عقد الاذعان هو عقد لم تسبقه مرحلة التفاوض بين المتعاقدين على شرائطه . فالمتعاقد القابل اما ان يسلم بهذه الشروط كما هي دون تعديل او يدع التعاقد . فهي توضع سلفاً ولا تقبل المناقشة لتمتع واضعها بسلطة اقتصادية نابعة عن الاحتكار الفعلي او القانوني بالنسبة الى سلع وخدمات ضرورية يتولى تقديمها للجمهور كالماء والكهرباء والهاتف ووسائل النقل (٢) .

فاذا تم العقد بطريق الاذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (٣) .

### خامساً : تعديل العقود الادارية والقرارات الادارية :

من المعروف ان القضاء الاداري لا يتقيد بالنصوص التشريعية بالدرجة التي يتقيد بها القضاء المدني لانه لا ينظر الا في الدعاوي ذات العلاقة بالمصالح العامة ، وهذا ما يدعوه الى الحرص على ان

١. عبد المنعم البدرابي مصادر الالتزام ٢ / ٩٢ . وفي القانون المدني الاردني يجوز للمحكمة ايضاً ان ترفع من قيمة الشرط الجزائي اذا طلب احد طرفي العلاقة ذلك بناءً على ان قيمة التعويض تساوي مقدار الضرر . ونصت على ذلك المادة (٣٦٤ / ٢) : (ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناءً على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك) .

٢. القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . (م ١٠٤) من القانون المدني الاردني .

٣. القانون المدني العراقي (م ١٦٧ / ٢) والمدني المصري (م ١٤٩ / ١) والمدني الاردني (م ٢٤٠ / ٢) .

يوفق بين القواعد العامة وبين ما تقتضيه المصلحة العامة (١) وللإدارة تعديل المرفق (٢) وتعديل الالتزامات وطرق ووسائل تنفيذ العقد (٣) ، وتعديل اللوائح (٤) ، وهكذا جميع الاستثناءات والتعديلات ترجع إلى الاستحسان الذي هو أصل من أصول الفقه الإسلامي .

---

١. المادة (١١٣٤) المدني الفرنسي التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين والتي تمسك بها القضاء المدني الفرنسي إلى أبعد حد هي لا تلزم القضاء الإداري مطلقا ، ولجلس الدولة الفرنسي أن يعدل العقد بما يتلائم مع مقتضيات العدالة وبما يساير الظروف الجديدة التي لم تكن في الحسبان ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام ص ٣٣٣ .

٢. يقول بيكينيو : (ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه) الدكتور عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية (ص ١٩٦) .

٣. يقول ريبيرو : (أن سلطة التعديل الانفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استناداً لمبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة) المرجع السابق ص ١٩٧ .

٤. يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي (النظرية العامة للقرارات الإدارية / ص ٦٠٢) : (استقرت القاعدة في فرنسا وفي مصر على أنه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح أو تلغيها أو أن تستبدل غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام) .

# المبحث الرابع الذرائع

سدها ، وفتحها

الذرائع جمع ذريعة هي لغة : الوسيلة التي يتوصل بها الى تحقيق غرض مطلق ، اي بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض الذي يتوصل بها اليه .

وفي اصطلاح الاصوليين : له تعاريف كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو اعطاء الوسيلة حكم غايتها (١) ، فالوسائل التي تكون غاياتها مشروعة تفتح ابوابها امام الناس ، اما الوسائل التي تؤدي الى غايات مضره فاسده او كانت مفاسدها تساوي مصالحها أو تزيد عليها فانها تسد ابوابها ويمنع من مزاولتها .

ومن الواضح ان العالم الذي يعيش فيه الناس عالم الاسباب وليس عالم المعجزات فكل من لم يياشر السبب لن ينال مسببه ، تلك سنة الله في خلقه ولن تجد لسنة الله تبديلا ، وقد قال سبحانه وتعالى (انا مكنّا له في الارض واتيناه من كل شيء سبباً) (٢) .

---

١. قال ابن القيم (اعلام الموقعين ٣ / ١٣٥) : لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا باسباب وطرق تفضى اليها كانت طرقها واسبابها تابعة لها معتبرة بها فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب افضائها الى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في صحتها والاذن فيها بحسب افضائها الى غاياتها فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصود قصد الوسائل ، فاذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضى اليه فانه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتها له ومنعاً ان يقرب حماه ، ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضاً للتحريم واغراءً للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الاباء بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فان احدهم إذا منع جنده او رعيته او اهل بيته من شيء ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه لعد تناقضاً ولحصول من رعيته ضد مقصوده ، وكذلك الاطباء اذا ارادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه والا فسد عليهم ما يرومون اصلاحه ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في اعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال .

ومن تأمل مصادرها ومواردها علم ان الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية الى المحارم بان حرمها ونهى عنها ، والذريعة ما كان وسيلة وطريقاً الى الشيء .

٢. سورة الكهف / ٨٤ .

فلكل نتيجة مقدمات ، ولكل مسبب سبب ، ولكل غاية وسيلة ولكل غرض تصرف ، ولكل معلل علة ، ولكل أمل عمل ، والنظر في مآلات تصرفات الانسان معتبر مقصود شرعاً سواء كانت التصرفات موافقة للشرع ام مخالفة له (١) .

وكذلك تصرفات الانسان قولية ام فعلية تابعة للنيات ، والنية روح العمل وقوامه ، فهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها وفقاً للقاعدة الشرعية الكلية التي نطق بها رسول الله صلى الله عليه وسلم في جملتين وهما (انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى) (٢) . فبين في الجملة الاولى ان العمل الصادر عن البالغ الرشيد المختار لا يقع الا بالنية ، وان العمل تابع لها صحة وفسادا ، قبولاً ورفضاً ، ووضح في الثانية ان العامل ليس له من عمله سوى ما نواه سواء كان العمل من المعاملات ام من العبادات ام من غيرها (٣) .

وتختلف اهمية وخطورة الوسيلة باختلاف اهمية وخطورة غاياتها (٤) .

---

١. قال الشاطبي (الموافقات ٤ / ١٩٤ - ١٩٥) : (النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً كانت الافعال موافقة او مخالفة ، وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالاقدام او الاحجام الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب او لمفسدة تدراً ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، او لمصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فاذا اطلق القول في الاول بالمشروعية فربما ادى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من اطلاق القول بالمشروعية ، وكذلك اذا طلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما ادى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوي او تزيد فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد الا انه عذب مذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة) .

٢. وهو من الاحاديث المشهورة بل قال البعض انه متواتر معنى .

٥. اعلام الموقعين المرجع السابق ٣ / ١١١ .

٦. قال عز الدين بن عبد السلام السلمي (قواعد الاحكام في مصالح الانام ١ / ١٢٣) : (يختلف اجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها فالتوسل الى معرفة الله تعالى ومعرفة ذاته وصفاته افضل من التوسل الى معرفة احكامه ... الى اخره) .

ويقول ايضا (٣ / ١٢٦) : (ويختلف وزن وسائل المخالفات باختلاف رذائل المقاصد ومفاسدها ، فالوسيلة الى اردل المقاصد اردل من سائر الوسائل : فالتوسل الى الجهل بذات الله وصفاته اردل من التوسل الى الجهل باحكامه ، والتوسل الى القتل اردل من التوسل الى الزنا ، والتوسل الى الزنا اقبح من التوسل الى الاكل بالباطل ، والاعانة على القتل بالامسك اقبح من الدلالة عليه الى اخره .

فكم من فعل مشروع لذاته يحكم عليه بعدم المشروعية بالنظر الى ما يؤول اليه من مضرة ومفسدة وكم من فعل غير مشروع لذاته يعتبر مشروعاً لما يحققه من مصلحة مشروعة .

ونستنتج من هذه المقدمة ان الذرائع (الوسائل) من حيث المشروعية وعدمها تنقسم الى اربعة اقسام :

- ١- كل من الوسيلة والغاية مشروعة .
- ٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة .
- ٣- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة .
- ٤- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة . وهذا القسم هو المقصود من دراسة هذا الدليل الشرعي .

### **القسم الاول : وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة :**

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل) لما تؤدي اليها من تحقيق منافع ومصالح عامة ومن تطبيقاتها ما يلي :

- أ- تحديد ملكية الاراضي الزراعية وتنظيم الري ، وتقديم العون من الخزانة العامة الى كل من يستثمر الاراضي الزراعية وتوفير الوسائل الحديثة للحث والسقي كل ذلك لغرض تطوير المنتجات والمحصولات الزراعية من حيث الكم والكيف .
- ب- بناء القرى العصرية بحيث تتوفر فيها كافة الوسائل الصحية والاجتماعية والثقافية لغرض تشجيع الهجرة المعاكسة اي من المدن الى القرى والارياف لما في ذلك من مصلحة التنمية الزراعية وتأمين الثروة الحيوانية .
- ج- مراقبة تطبيق نظام المرور بدقة وتسجيل المخالفات المرورية بالاجهزة الحديثة المتطورة ومحاسبة المخالفين بشدة لغرض حماية سلامة الناس ، والمحافظة على وسائل المواصلات والاموال العامة مما يتعلق بالشوارع والطرق والجسور .
- د- الاهتمام الزائد بالتعليم في جميع مراحلها ، والاستمرار على تطوير المناهج في ضوء تطور

متطلبات الحياة ، مع اعطاء الاولوية لتكوين الكادر التدريسي الكفوء وتقديم الدعم المادي والمعنوي للأسرة التعليمية كل ذلك لغرض رفع المستوى العلمي .

هـ- كل وسيلة مشروعة اخرى تؤدي الى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة يجب فتحها امام الناس والاهتمام بتنفيذها بكل دقة وامانة .

## القسم الثاني : وسائل غير مشروعة يتوصل بها الى غايات غير مشروعة :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد ابواب كل وسيلة غير مشروعة في ذاتها تؤدي الى نتيجة غير مشروعة بمنع ما لم يقع منها ورفع ما هو قائم ومكافحتها بكافة الطرق الوقائية والعلاجية، وتقع مسؤولية مكافحة هذه الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها على الدولة بالدرجة الاولى وعلى الافراد بالدرجة الثانية ، فهي تدخل في باب الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وقد امر القرآن الكريم بذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى : (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) (١) .

واكد ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم بافعاله ومنها : (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فليسانه وان لم يستطع فليقلبه وذلك اضعف الايمان) (٢) .

### ومن تطبيقات الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها ما يلي :

- أ- صنع الاسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية ، فالمسؤولية في مكافحة هذه الذريعة الخبيثة تقع على المجتمع البشري والاسرة الدولية باسرها .
- ب- صنع المشروبات المسكرة وزرع المحصولات المخدرة والتجارة بها من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها لما فيها من المفاسد والمضار الخطيرة بالنسبة للفرد والمجتمع .
- ج- انشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات .. فعلى الدولة ويتعاون مع الافراد سد هذه الذرائع التي اعتبرها القرآن من اعمال الشيطان ، فقال سبحانه وتعالى :

١ .سورة ال عمران / ١١٠ .

٢ .اخرجه مسلم ، كتاب الإيمان ، صحيح مسلم بشرح النووي ٢ / ٢٨١

(انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) (١) ، فهي ان كانت نافعة من بعض الزوايا المادية الضيقة فانها مضره من الناحية الصحية والاجتماعية والاخلاقية والاقتصادية .

كما قال القرآن (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما) (٢) . والمراد بالاثم المضره والمفسده .

د- وقوف بعض الرجال والمراهقين المنحرفين امام مدارس البنات وفي الطرق والشوارع لتضليل اخواتهم وبناتهم لغرض النيل من العرض الذي هو عرضهم ، وهتك حرمة الشرف الذي هو شرفهم ، وتدنيس النسب الذي هو من صميم اصالة حياة كلهم .. كل ذلك من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها فعلى السلطة والمجتمع والافراد التعاون لمكافحة هذه الظاهرة الاجتماعية الفاسدة ، فهي امراض سارية معدية وخطر بكثير من الامراض التي تجند الدولة امكانياتها لمكافحتها .

هـ- الغش والاستغلال والاحتكار والجشع والتعامل في السوق السوداء كلها ذرائع غير مشروعة يكتسب من ورائها فئة ضالة ارباحا غير مشروعة على حساب المصلحة العامة وعلى حساب المستهلكين .

فعلى السلطة وبتعاون المجتمع والافراد سد هذه الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذه الذرائع في اقواله الثابتة المثبتة في المراجع المعتمدة ولا مجال لاستعراضها في هذا البحث الاصولي .

### القسم الثالث : الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تتحول الى المشروعة لغيرها اي للنتائج المشروعة والمصالح العامة التي يمكن ان تحققها هذه الذرائع في حالات غير اعتيادية .

فهذا القسم يدخل في باب اجتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة .

١. سورة المائدة / ٩٠ .

٢. سورة البقرة / ٢١٩ .

## ومن تطبيقات هذا القسم ما يلي :

### أ- العقوبة :

سواء كانت بدنية ام مالية ، مادية ام معنوية ، قبيحة في ذاتها لانها مضرّة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته واولاده وغيرهم .

ورغم ذلك اقترتها شرائع الله وقوانين الانسان ، واعترفت بوجود تطبيقها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة الى ذلك لان هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضرتها لما فيها من حماية الامن والاستقرار والمحافظة على الاموال والانفس والاعراض والانساب .

### ب- الكذب :

قبيح وقول غير مشروع فهو مضرّة ومفسدة في الظروف الاعتيادية ، لكن قد يصبح حسناً مشروعاً اذا حقق غاية مشروعة ومصلحة راجحة على مفسدته كما في الكذب الذي ينقذ ضعيفاً من ظلم قوي ، ويحمي عرضاً معرضاً للهلك وغير ذلك .

### ج- اكل الميتة ، ونحوها ، وتعاطي الدم :

من الامور الخبيثة القبيحة لذاتها لكن اذا توقف عليه انقاذ الحياة يتحول الى المباح بل الواجب .

### د- نبش الاموات :

للكشف عن الجريمة او لخراج ما دفن معه من الاموال المغصوبة ، وشق بطن الام المتوفاة لخراج جينيتها المرجو حياته ، ونقل عضو من اعضاء الميت وزرعه في جسم لانقاذ حياته ، وامثال ذلك من الامور القبيحة لذاتها لما فيه من هتك حرمة الميت لكن المصلحة التي يمكن ان تتحقق من هذه الذريعة تكون راجحة على مفسدة الهتك .

### هـ- الحجر على اموال السفهاء :

وبيع اموال المدين الماطل رغم عدم رضائه لتسديد الدين ، وتحديد تصرفات المريض مرض الموت (١) ، ووضع الحجر على المفلس (٢) ، وحجز اموال المدين الماطل ، واخذ الشفيع المبيع بالشفعة رغم ارادة

١. وعموماً يجري على تصرفاته حكم الوصية ، من ذلك ما جاء في المادة (٦٠) من قانون الاحوال الشخصية الاردني :- (اذا تزوج احد في مرض موته ينظر فان كان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه الزوجة من تركة الزوج وإن كان زائداً عليه يجري في الزيادة حكم الوصية) .

٢. نظم المشرع الاردني احكام الحجر على المدين في (المواد ٣٧٥ - ٣٨٦) من القانون المدني الاردني . ويجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله . (م ٣٧٥) .



البائع والمشتري ، وغيرها من امثال هذه القيود السالبة للحرية وللرضا من الامور القبيحة لذاتها ، ولكنها تحقق مصلحة راجحة على مفسدتها لذا اقرتها الشريعة والقانون وغير ذلك من الاف التطبيقات من هذا القبيل (١) .

## القسم الرابع : الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها

قد تكون الذريعة مشروعة في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة كمن يهب مالا لامرأة بقصد بناء علاقة غير مشروعة معها فالهبة باطلة اذا علم الموهوب له بالقصد غير المشروع وللواهب استرداد المال الموهوب .

وقد قسم علماء الاصول (٢) هذا القسم الرابع من الذرائع باعتبار مدى ترتب النتائج والغايات عليها الى الانواع الثلاثة الآتية :

**النوع الاول :** هو ان تفضي الوسائل (الذرائع) الى مفسدة (او مضرة) على وجه القطع او الظن القريب منه ، وهذا النوع من الذرائع لا خلاف بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها ، ومن تطبيقات هذا النوع :

١- بيع السلاح وقت الفتنة اذا كان البائع يعلم او كان ينبغي عليه بدلالة الحال والظروف المحيطة ان يعلم انه يستخدم في الاعتداء وقتل الابرياء ويكون العقد باطلا .

١. ومنها : ١- الغيبة عمل غير مشروع ولكنها جائزة في حالة الاستشارة كمن يريد ان يخطب بنت عائلة يستشير بمن يعرفها فيجب ان يقول المستشار محاسن ومساوي هذه العائلة بقدر الحاجة .
  - ٢- كشف العورة مفسدة لما فيه من هتكها لكنه جائز في حالات التداولي والعمليات .
  - ٣- ذبح الحيوان مفسدة في حقه ، لكنه جائز لمصلحة بقاء الانسان .
  - ٤- اقرار صحة زواج المشركين بعد اسلامهم رغم فساده جائز لان الحكم بفساده يقلل من اسلامهم ، قواعد الاحكام ١ / ١٠٢ .
  - ٥- قطع عضو مصاب بالسرطان منعا لانتشاره .
  - ٦- زرع الكلية وغيرها من زراعة الاعضاء البشرية بحيث لا تصطدم مع النص .
٢. لمزيد من التفصيل راجع الفروق للقرافي ٢ / ٢٢ و ٣ / ٢٦٦ القاعدة (١٩٤) الفرق بين قاعدة ما يسد في الذرائع وقاعدة ما لا يسد منها .

ب- بيع المواد الاولية لاصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة وكان البائع يعلم او كان ينبغي عليه ان يعلم استخدامها في صنع المسكرات ويعتبر العقد باطلاً .

**النوع الثاني :** اجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة الى تحقيق المصلحة اكثر من ان تكون ذريعة الى المفسدة (او المضرة) ومن صور هذا القسم :

أ- صنع الاسلحة الدفاعية وبيعها في الظروف الاعتيادية فلا يسد مثل هذه الذريعة لمجرد احتمال استعمالها في العدوان .

ب- زراعة العنب وغيره من الفواكة التي تستخرج منها المسكرات المحرمة لا تسد ولا تمنع لمجرد احتمال استخدامها من قبل اصحاب معامل صنع المسكرات .

**النوع الثالث :** اختلف الفقهاء في سده وفتح كالدرائع التي تتردد بين المصلحة والمفسدة ، فمن رأى ان المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها ومن قال برجحان مفسدتها قال بسدها ، ومن صور هذا النوع :

أ- قضاء القاضي بعلمه : فانه متردد بين ان تكون وسيلة الى حفظ الحق عندما لا تكون هناك بينة لاثباته ، وبين ان تكون وسيلة لازهاق الحق عندما يكون القاضي غير خاضع لسultan الايمان (١) .

ب- التحليل : وهو ان تتزوج المطلقة للمرة الثالثة رجلا اخر بعد انتهاء العدة بتواطىء مضمونه ان يطلقها بعد ان يعاشرها حتى تحل للزوج الاول بعقد جديد لان القرآن حرمها على الزوج المطلق للمرة الثالثة ما لم تتزوج من زوج اخر ، فقال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) (٢) .

---

١. في المغني لابن قدامة (٩ / ٥٢ - ٥٤) : (ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا في علمه قبل الولاية ولا بعدها هذا قول شريح ، والشعبي ، ومالك واسحق وابي عبيد ، ومحمد بن الحسن ، وهو احد قولي الشافعي .

وقال ابو حنيفة : (ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة ، واما حقوق الادميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به لانه بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته) . راجع في تفصيل هذا الخلاف المحلى لابن حزم ٩ / ٤٢٧ .  
٢. سورة البقرة / ٢٣٠ .

والمراد بالزواج في هذه الآية هو الزواج الشرعي الدائمي الاعتيادي وهذا الزواج (التحليل) هو حيلة استخدمت ذريعة في غير غرضها المشروع .

وقد قال المالكية (١) والحنابلة (٢) وازيدية (٣) الزواج باطل لانه لم يقصد به غرضه المشروع (٤) ، وقال الشافعية (٥) والجعفرية (٦) والظاهرية (٧) اذا لم يذكر في العقد الطلاق بعد المعاشرة فالعقد صحيح لعدم العلم بالمنافي والا فباطل (٨) والاتجاه الاول هو الراجح لقول الرسول (ص) (انما الاعمال بالنيات) . ولحماية الاعراض من التدنيس ، ولتنع التلاعب بالاحكام .

ج- بيع السلاح لمن يظن ظناً غير غالب انه يقتل به ظلماً ، وبيع العنب لمن يظن ظناً غير غالب انه يعصره خمراً . فاختلف الفقهاء بين وجوب ابطال العقد سداً للذريعة وفي ذلك درء للمفاسد المحتملة ، وبين عدم سدها لعدم حصول العلم الكافي بالمنافي لصحة العقد ، فنبقى على العقد لان الأصل في العقود الصحة ، فيستحسب هذا الحكم حتى يقوم الدليل على خلافه وفي ذلك حماية الظاهر للحفاظ على استقرار المعاملات ، وحماية للغير حسني النية . وتزعم الاتجاه

١. شرح موطأ الامام مالك لابي الوليد سليمان الباجي ٢ / ٢٩٨ .
٢. منتهى الإرادات للامام محمد الشهير بابن النجار ٢ / ١٨٠ .
٣. التاج المذهب شرح متن الازهار في فقه ائمة الاطهار للامام احمد الصنعاني ٢ / ٢٨ - ٢٩ .
٤. وبهذا الاتجاه أخذ المشرع الاردني فقد جاء في المادة (١٠٠) من قانون الاحوال الشخصية : (تزول البيئونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجاً آخر لا يقصد التحليل ...)
٥. الام ٥ / ٨٠ .
٦. شرائع الاسلام ٢ / ٢٣ .
٧. المحلى لابن حزم ١٠ / ١٨٠ .
٨. لمزيد من التفصيل راجع مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة الاف سنة للمؤلف د. مصطفى الزلي ١ / ٢٠٥ وما بعدها .

الاول المالكية (١) والحنابلة (٢) ، وتزعم الاتجاه الثاني الحنفية والشافعية (٣) .

## ادلة مشروعية العمل بسد الذرائع :

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقرآن والسنة والعقل :

أ- القرآن : قال سبحانه وتعالى (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) (٤) ، فنهى المسلمين في صدر الاسلام عن سب الهة المشركين مع ان السب مطلوب لما فيه من اذلال المشركين وتوهين صفة الشرك غير انه تترتب عليه مفسدة (سبهم الله) .

١. قال القرافي (الفروق ٢ / ٣٣) : (اعلم ان الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره ، وتندب وتباح فان الذريعة هي الوسيلة فكما ان وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج وموارد الاحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في انفسها ، ووسائل وهي الطرق المفضية اليها وحكمها حكم ما افضت اليه في تحريم وتحليل ، ، والوسيلة الى افضل المقاصد افضل الوسائل ، والى اقبح المفاسد اقبح الوسائل ، والى ما يتوسط متوسطة) .

٢. قال ابن القيم (اعلام الموقعين ٢ / ١٢) : (وان قصد بها اي (بالعقود) ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل ، وبعث واشترت بقصد الربا ، وبخالعتها بقصد الحيلة على فعل المحلوف عليه . بان حلف بالطلاق بانه لا يفعل كذا ثم طلق زوجته قبل الفعل ، وقام بفعل المحلوف عليه ثم تزوجها مرة اخرى) . ويملكت بقصد الحيلة على اسقاط الزكاة (بان ملك ماله الذي تجب فيه الزكاة قبل حولان الحول شخصا صوريا ثم استرده منه حتى تسقط السنة التي هي شرط الوجوب . وما اشبه ذلك فهذا لا يحصل مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه فان في تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم واسقاطا للواجب واعانة على معصية ومناقضة لدينه وشرعه) .

٣. قال الشافعي (رح) في كتابه الام (٢ / ٦٥) : (واصل ما اذهب اليه ان كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم ابطله بتهمة ولا بعبادة واجزته بصحة الظاهر ، واكره لهما النية اذا كانت لو ظهرت كانت تفسد البيع وكما اكره للرجل ان يشتري السيف على ان يقتل به ولا يحرم على بائعه ان يبيعه ممن يراه ان يقتل به ظاهرا لانه قد لا يقتل به ، ولا افسد عليه هذا البيع وكما اكره للرجل ان يبيع العنب ممن يراه انه يعصره خمر او افسد عليه هذا البيع اذا باعه اياه ، لانه باعه حلالا ، وقد يمكن ان لا يجعله خمرأ ابداً ، وفي صاحب السيف ان لا يقتل به احداً ، او نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوي ان لا يمسخها الا يوما او اقل او اكثر لم افسد النكاح وانما افسده ابدا بالعقد الفاسد) ، وهذا الكلام من الشافعي دل على انه لا يعتد بالبائع الدافع غير المشروع اذا لم يذكر في العقد ويعتد به اذا ذكر او علم المنافى لصحة العقد باي طريق علماً يقينياً او ظناً غالباً .

٤. سورة الانعام / ١٠٨ .

ب- **السنة النبوية** : نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المعارك ضد الاعداء خشية ان يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم .

ج- **المعقول** : ما احسن ما قاله ابن القيم (رح) في تحليله العقلي لسد الذرائع من انه اذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي اليه ، فانه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعا ان يقرب حماه ، ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضاً للتحريم واغراء للنفوس به ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك فان احدهم اذا منع جنده او رعيته او اهل بيته من شيء ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه لعد تناقضا ولحصل من رعيته ضد مقصوده ، وكذلك الاطباء اذا ارادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه والا لفسد عليهم ما يرومون اصلاحه فما الظن بهذه الشريعة التي هي في اعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ (١) .

## الصلة بين سد الذرائع في اصول الفقه والباعث الدافع غير المشروع في القانون

الصلة وثيقة بين القسم الرابع للذرائع (وسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة) في اصول الفقه الاسلامي وبين الباعث الدافع غير المشروع في القانون الوضعي . من المعروف ان النظرية التقليدية ذهبت الى ان السبب ثلاثة انواع :

أ- السبب المنشئي (مصدر الحقوق والالتزامات) كالبيع والايجار والهبة والعارية وغيرها من عقود المعارضات والتبرعات .

ب- السبب القصدي (الغرض المباشر) للمتعاقدين (٢) ، ففي عقود المعارضات ، مثلاً : سبب التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري هو التزام الاخير بدفع الثمن الى البائع ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع وهكذا في كل عقد معاوضة .

١. اعلام الموقعين ٣ / ١٣٥ .

٢. ونصّ المشرع الاردني على هذا السبب صراحة في المادة (١٦٥ / ١) من القانون المدني ، فقال : (السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد) .

ج- السبب الباعث الدافع (الغرض غير المباشر) (١) وذهبت النظرية الحديثة الى ان الباعث الدافع هو السبب في العقد خلافا للتقليدية التي اعتبرت الغرض المباشر (السبب القصدي) هو السبب في عقود المعاوضات ، والاتجاه السائد في الفقه الحديث والقوانين الحديثة والقضاء هو الاخذ بالنظرية الحديثة ، واعتبار السبب في العقود هو الباعث الدافع ، وهو قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع ، فما هو مدى تأثيره على صحة العقد في حالة عدم مشروعيتها؟

١- لا خلاف بين جمهور فقهاء القانون في بطلان العقد اذا كان باعته الدافع غير المشروع المذكوراً في صلب العقد .

ب- وانما الخلاف في صحة وبطلان عقد يكون باعته الدافع غير المشروع غير مذكور في صلب العقد او غير متفق عليه قبل العقد ، ومرد هذا الخلاف هو الاختلاف في ان الاعتماد بالارادة الظاهرة او الباطنة عند اختلافهما ؟

ففي التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها يكون الاعتداد بالارادة الباطنة ، فالباعث الدافع غير المشروع يجعل العقد باطلا وان لم يذكر في العقد اذا علم به الطرف الاخر او كان باستطاعته ان يعلم به ، اما العبرة في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها فبالارادة الظاهرة فالباعث الدافع غير المشروع لا تأثير له على صحة تصرفات الانسان اذا لم يكن جزءاً منها .

## ومن التطبيقات القضائية المبنية على الاتجاه اللاتيني ما يلي :

١- قضى القضاء الفرنسي : بأنه : ( اذا وهب خليل لخليلته مالا فاذا كان الباعث الدافع استبقاء العلاقة غير المشروعة بينهما كانت الهبة باطلة وللواهب استرداد الموهوب ، اما اذا كان الباعث

---

١ . ويتميز الباعث الدافع من السبب القصدي بميزتين احدهما : ان السبب القصدي جزء من العقد وموضوعي ، واما السبب الباعث فهو ذاتي ونفساني وشخصي وخارج .

وثانيهما : السبب القصدي لا يختلف باختلاف الاشخاص بخلاف السبب الباعث وعلى سبيل المثال ان الباعث الدافع لدى من يبيع سيارته قد يكون شراء سيارة جديدة ، او الزواج او البناء او فتح مشروع او تداولي مريض او غير ذلك فهذه البواعث تختلف باختلاف الاشخاص حتى في نوع واحد من العقد .

الدافع هو تعويضها عما اصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير المشروعة بينهما فالهبة تكون صحيحة (١) .

ب- وقضى القضاء المصري : بان عقد القرض يكون باطلا اذا قصد المقرض من هذا القرض ان يتمكن من الاستمرار على المقامرة ، وكان المقرض عالماً بهذا القصد .

ج- وقد سبق فقهاء الشريعة الاسلامية فقهاء القانون في انقسامهم الى انصار الارادة الظاهرة (الحنفية والشافعية) وانصار الارادة الباطنة (المالكية والحنابلة) تبعاً لاختلافهم في تحديد درجة العلم بالباعث الفاسد ليحكم القضاء عندها بفساد المعاملة . ومن الظاهر ان اختلافهم حاصل في المعاملات دون العبادات ، لان العبادة هي علاقة بين العبد وربّه والله مطلع على نية العبد ، ولا يحتاج الحكم بصحتها او بطلانها عادة الى حكم قضائي ، بينما المعاملات يحتاج القول ببطلانها أو فسادها الى حكم قضائي ، والقاضي يحتاج في ذلك الى العلم بالمنافي لصحة العقد . فتوقف الحكم على العلم . ولما كانت صحة العقد مستصحية احتجنا للعمل بالمنافي الى ان يكون العلم به بدرجة تكفي لنفي الصحة (٢) . ويبدو ان أكثر التشريعات القانونية سارت على هذا الاتجاه حفاظاً على استقرار التعامل ، وحماية للغير حسني النية . لأن هذا الاتجاه يستصحب صحة العقد ، كما ذكرنا ، وعلى من يدعي خلاف ذلك اثبات دعواه (٣) .

---

١. مصادر الحق للاستاذ السنهوري ٤ / ٣٠ .

٢. راجع ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

٣. وسار المشرع الاردني على هذا الاتجاه إذ نصّ في المادة (١٦٦) من القانون المدني على :-

١- لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

٢- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

وجاء في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ١ / ١٦٨ :- ويلاحظ ان الوارد في الفقرة الثانية هو في الواقع قرينة قانونية يجوز اثبات عكسها وعلى ذلك يجوز اثبات العكس بالبيّنة سواء اريد اثبات ان السبب غير مشروع او ان السبب لا وجود له .

# المبحث الخامس الاستصحاب

تعريفه ، انواعه ، الصلة بينه وبين الحيازة .

وهو لغة : مأخوذ من المصاحبة ، وفي اصطلاح الاصوليين عرف بتعاريف متعددة (١) تفيد بمجموعها ان الاستصحاب : استدامة حكم سابق في زمان لاحق على اساس عدم ثبوت مزيله . وهذا الاصل من اصول الفقه الاسلامي رغم اهميته من الناحية العملية والقضائية لم يحظ ببحت واضح واف ، فالقدماء من الاصوليين بحثوه باسلوب فلسفي عميق يتسم بطابع الخلاف في حجيته وبالتالي عدم اهميته ، والباحثون في العصر الحديث لم يأتوا بجديد من الناحية الموضوعية والشكلية بل اقتصرت جهودهم على ترديد ما قيل وعلى استعراض الخلافات الاصولية في هذا الاصل دون تقديم نتيجة واضحة تفيد القاضي او المفتي او الباحث القانوني حين الاستناد اليه في الاحكام .

لذا حاولت استعراضه في نسيج جديد بعيدا عن الخلافات العقيمة في جميع انواعه .

---

١ . ومن هذه التعاريف قول القرافي المالكي (شرح تنقيح الفصول / ٤٤٧) : (معناه ان اعتقاد كون الشيء في الماضي او الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال او المستقبل) .  
وقال الجلال المحلي الشافعي (جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٢٢٢) : (الاستصحاب ثبوت امر في الزمن الثاني لثبوته في الاول لفقدان ما يصلح للتغير من الاول للثاني) .  
وقال الفتوحى الحنبلي (شرح الكوكب المنير / ٣٨٢) : (الاستصحاب التمسك بدليل عقلي او دليل شرعي لم يظهر عنه ناقل مطلقا) . وقال ابن حزم الظاهري (الاحكام في اصول الاحكام ٥ / ٣) : (اذا ورد النص في القرآن او السنة الثابتة في امره على حكم ما ثم ادعى مدع ان ذلك الحكم قد انتقل او بطل ... فعليه ان يأتي ببرهان .. فان جاء به صح قوله والا فهو مبطل فيما ادعى من ذلك) وقال الشوكاني الزيدي (ارشاد الفحول / ٢٣٧) : (ما ثبت في الزمن الماضي فالاصل بقاؤه في الزمن المستقبل) وعرفه السالمي الاباضي (طلعة الشمس ١ / ١٧٩) بالاييات التالية : ابقاء ما كان على اصوله ، يفيد ظنا ببقاء مدلوله ، الا اذا صح له منقل ، فانه عن اصله ينتقل ، ان كان في السلب او الايجاب ، وهو الذي يدعى بالاستصحاب . وقال الاستاذ محمد تقي الحكيم من علماء الشيعة الامامية (الاصول العامة في الفقه المقارن / ٤٤٧) : وذكرت له تعاريف متعددة الا انها تشير الى مفهوم واحد وهو الحكم ببقاء حكم او موضوع ذي حكم شك في بقائه) .



## انواع الاستصحاب :

سبق ان بينا ان المصادر التبعية النقلية منها والعقلية انما هي اصول استنباط يستعين بها الفقيه والقاضي على اكتشاف الاحكام من مصادرها الاصلية ، والاستصحاب الذي هو اصل من هذه الاصول كما ذكرنا في تعريفه عملية اجتهادية عقلية غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق لعدم توافق ما يدل على تغييره (١) .

وينقسم الاستصحاب باعتبار اساسه (٢) الى الانواع الاربعة التالية :

### النوع الاول : استصحاب الاباحة الاصلية للاشياء النافعة للانسان :

والاباحة احد انواع الاحكام التكليفية الخمسة للحكم التكليفي ومصدرها ليس الاستصحاب كما زعم البعض ولا العقل كما ظن الآخرون (٣) وانما هو القرآن الكريم وقد نص على حكم ممثل بالاباحة في آيات كثيرة منها :

أ- قوله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً) (٤) .

ب- وقوله تعالى : (وسخر لكم ما في السموات وما في الارض جميعاً) (٥) .

---

١. قال ابن ملك في شرح المنار (ص ٧٩٥) : قيل هو الحكم بالثبوت في الزمان الثاني بناء على انه كان ثابتاً في الزمان الاول ، ثم انتقد هذا التعريف فقال الحكم بالثبوت هو فعل المجتهد وهو علة توجب الاستصحاب لانفس الاستصحاب لان الاستصحاب هو الحكم الذي يثبت به الحكم ، وهذا الكلام يدل على عدم استيعاب ابن ملك لمعنى الاستصحاب .

٢. لا تجد في المراجع الاصولية معياراً لتقييم الاستصحاب الى انواعه وكل قسمه دون وضع معيار دقيق ، فقسّمه ابن القيم الى ثلاثة : استصحاب البراءة الاصلية واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه واستصحاب حكم الاجماع في محل النزاع ، وقسمه صاحب جمع الجوامع الى : استصحاب العدم الاصلية واستصحاب العموم او النص ، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته وهكذا هناك كثير من التقسيمات لا مجال لذكرها والتعليق عليها .

٣. كالفتوحى (شرح الكوكب المنير ص ٢٨٣) ، جمع الجوامع وشرحه (٢ / ٢٢١) ، ارشاد الفحول ص ٢٣٧ .

٤. سورة البقرة / ٢٩ .

٥. سورة الجاثية / ١٣ .

وجه الدلالة : ان اللام في قوله تعالى : (لكم) في هاتين الايتين وغيرهما للمنفعة والمصلحة لان اللام في اللغة العربية تستعمل فيما فيه نفع للانسان كما ان حرف (على) تستعمل فيما فيه ضرر للانسان ، وهذا الفرق بين الحرفين واضح في قوله تعالى (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) (١) ، ولان لفظة (ما) في الايتين اسم موصول ومن صيغ العموم ، اضافة الى تأكيد هذا العموم بلفظ (جميع) في كلتا الايتين .

والنتيجة الحتمية لمضمون الايتين المذكورتين : ان جميع الاشياء النافعة في الارض والسماء خلقت وسخرت لمصلحة ومنفعة الانسان وبعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة لا يمكن ان يقال ان الاشياء المخلوقة والمسخرة لنفع الانسان المأذون له بالانتفاع بها محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي آخر (٢) .

وعلى هذا الاساس فان للانسان في كل مكان وزمان ان يستثمر الاراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة او عامة لشخص طبيعي او معنوي وله ان ينتفع بالمراعي والغابات ومقالع الاحجار ، وله ان يصيد الطيور والحيوانات الجبلية والصحراوية والبحرية .

كل ذلك اذا لم يكن هناك محذور شرعي او قانوني ، والدليل على ابحاثها هو النص ، وحكمة الحكم هي انها مخلوقة لاجل ان ينتفع بها الانسان فهي مشتركة بين الناس على اساس الاباحة الاصلية لا على اساس الشيوعية كما زعم البعض ، والفرق بينهما واضح ، فالشيوعية تكون بعد الملكية والاباحة الاصلية انما هي قبل الملكية .

## النوع الثاني : استصحاب حكم البراءة الاصلية :

من الواضح ان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية وله قبل ولادته اهلية الوجوب الناقصة (الصلاحية لان يكون له بعض الحقوق) ويكتسب بعد الولادة اهلية الوجوب الكاملة (٣) (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) (٤) . ومع ذلك ان الاصل هو براءة ذمته من جميع

١ . البقرة / ٢٨٦ .

٢ . قال الحنفية : (الحلال ما دل الدليل على حله) ويتفرع على هذا الاختلاف في ان الاصل في الاشياء الحل او الاباحة والثاني هو الصحيح .

٣ . وقد عبر المشرع الاردني عن ذلك بقوله في المادة (٣٠ / ١) مدني اردني :- (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته) .

٤ . كالزكاة عند من يقول بوجودها في اموال القاصر وكالضرائب في القانون ونفقة من تجب نفقته على القاصر ، نصت على وجوب نفقة الوالدين على الولد الموسر ولو كان صغيراً المادة (١٧٢ / ١) من قانون الاحوال الشخصية الاردني . وتعويض اتلافه مال الغير (نصت على ذلك المادة ٢٧٨ مدني اردني) لكن كل هذه الالتزامات عارضة لا تثبت الا بدليل شرعي لان الاصل براءة الذمة .

الالتزامات المدنية والجنائية ، وينظر الى هذا الاصل بعد دخوله سن الرشد وحتى بعد ارتكابه مصدرا من مصادر الالتزامات الجنائية وبعد تصرفاته التي هي مصدر الالتزامات المدنية .

ولكن دور هذا الاصل يقتصر على الاستدلال بالوجود السابق للحكم على استمراره في الزمن اللاحق قبل توافر ما يدل على تغييره .

واما مصدر حكم البراءة الاصلية فهو القرآن والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم :

## ١- القرآن :

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الانسان من الالتزامات الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص التجريم والعقاب لان القرآن اول شريعة اقرت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) ومن تلك الايات :

أ- قوله تعالى : (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) (١) .

ب- قوله تعالى : (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في امها رسولا يتلو عليهم آياتنا) (٢) .

ج- قوله تعالى : (ولو انا اهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا ارسلت الينا رسولا فنتبع آياتك من قبل ان نذل ونخزى) (٣) . وغير ذلك من الايات الدالة على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) .

## ٢- السنة النبوية :

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الاحاديث النبوية وجد كثيرا من افعال واقوال الرسول صلى الله عليه وسلم تدل صراحة على البراءة الاصلية لذمة الانسان وعلى استصحابها للازمة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك منها :

---

١٠. سورة الاسراء / ١٥ .

١١. سورة القصص / ٥٩ .

١٢. سورة طه / ١٣٤ .

أ- قوله (صلى الله عليه وسلم) : (ادرأوا الحدود بالشبهات) (١) .

ب- قوله : (لو كنت راجما احدا بغير بينة رجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها) (٢) .

ج- قوله : (البينة على من ادعى (٣) واليمين على من انكر) (٤) .

وغير ذلك من الاحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الاصلية وبصورة خاصة في جرائم الحدود .

### ٣- القواعد الفقهية الكلية :

وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية استنبطوها من القواعد الشرعية الواردة في القرآن والسنة واتفقوا على اعتبارها والعمل بمقتضاها وهي تدل صراحة على حكم البراءة الاصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للآلزمنة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك ، ومن تلك القواعد :

أ- (الاصل بقاء ما كان على ما كان) (٥) .

ب- (القديم يترك على قدمه) (٦) .

ج- (الاصل في الصفات العارضة العدم) (٧) .

د- (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه) (٨) .

---

١ . سبق تخريجه ، نيل الاوطار ٧ / ١٩ .

٢ . أخرجه مسلم ، كتاب اللعان ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ / ٣٨٤ .

٣ . لانه يدعي خلاف الاصل .

٤ . لانه ينكر ما هو خلاف الاصل ويتفق مع ما هو الاصل . أخرجه مسلم ، كتاب الاقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٢ / ٢٤٣ .

٥ . مجلة الاحكام العدلية (م ٥) . والمادة (٧٥ / ١) مدني اردني .

٦ . المجلة (م ٦) .

٧ . المجلة (م ٩) . والمادة (٧٥ / ١) مدني اردني بصيغة : (كما ان الأصل في الامور العارضة العدم) .

٨ . المجلة (م ١٠) . والمادة (٧٥ / ٢) مدني اردني .

## ٤- العقل السليم :

يقضي العقل السليم بان كل حادث مسبوق بالعدم ، لان الحادث يعني الوجود بعد العدم ، ومن الواضح ان التهم التي توجه الى الانسان ، وان مطالبته بالالتزامات المدنية والجنائية واسبابها ومصادرها ، كلها امور مستحدثة وجدت بعد ان لم تكن ، وعليه تكون ذمة الانسان بريئة منها وعلى من يدعي خلاف هذا الاصل البيينة ، وعلى من ينكرها اليمين لانه مع الاصل .

ونستنتج مما ذكرنا ما يلي :

اولا : مصدر البراءة الاصلية ليس العقل وحده كما زعم البعض (١) ، وانما الشرع اولا ثم العقل السليم .

ثانياً : الانسان الذي عاش قبل البعثة وارسال الرسل وانزال الكتب ، والذي يعيش الان في منطقة نائية بعيدا عن فهم الاحكام الالهية تجاه ربه وتجاه بني نوعه لا يسأل عنها لا في الدنيا ولا في الآخرة ، لان الاصل براءة الذمة ويبقى هذا الاصل يعيش معه الى ان يثبت خلاف ذلك ، ولان تكليفه ومسائلته قبل الفهم امر يتعارض مع قوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) (٢) ، واما ما ذهب اليه المعتزلة من اقرار مسؤولية الانسان على اساس التحسين والتقييح العقليين لتصرفات الانسان فانه يصطدم مع الادلة المذكورة كما يأتي ايضاح ذلك في محله باذن الله .

## النوع الثالث : استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي :

اذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الزمن على القاضي ان يعتبر الحكم لا يزال مستمراً في الازمنة اللاحقة ما لم يثبت لديه خلاف ذلك .

ومن تطبيقات هذا النوع ما يلي :

أ- اذا رفعت امرأة متزوجة سابقا طلبا الى القضاء طالبة تزويجها من رجل آخر ، على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبيينة الشرعية الفرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق او الوفاة اضافة الى اثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة (٣) .

---

١. قال الفتوحى (شرح الكوكب المنير ص ٢٨٣) : (وحقيقة استصحاب الحال التمسك بدليل عقلي تارة استصحاب حال البراءة الاصلية فان العقل دليل على براءتها وعدم توجه حكم الى المكلف) .

٢. سورة البقرة / ٢٨٦ .

٣. في قواعد الزركشي (١ / ٢٠٥) : السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة وليها حتى يشهد شاهد انه ليس لها ولي خاص حاضر وانها خلية النكاح والعدة .

ب- اذا ثبتت ملكية مال منقول او عقار لشخص طبيعي او معنوي بسبب من اسباب كسب الملكية الشرعية كالشراء والوصية والميراث والهبة والاستيلاء على الاموال المباحة بالطريقة الشرعية ، او غير ذلك ثم ادعى شخص اخر ملكية هذا المال على القاضي رد الدعوى واعتباره انه لا يزال مملوكا لمالكه الاصلي ، لانه ثبت بدليل شرعي ولا يزول الا بدليل شرعي آخر لاحق الا اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة الشرعية (١) .

ج- المدين الذي تنشغل ذمته بحق للغير اذا دعى انه قد اوفى التزامه او انقضى هذا الالتزام بسبب من اسبابه ، على القاضي عدم قبول الدعوى ما لم يثبت بالبينة وفاء الالتزام او انقضاؤه ، لانه يدعي خلاف الاصل الذي هو بقاء الانشغال بالدين ، ويكفي بالنسبة للدائن المنكر للوفاء او الانقضاء اليمين لانه مع الاصل .

### النوع الرابع : استصحاب صفة معتبرة في الحكم :

اذا كان لشيء واحد صفتان : احدهما اصلية ولها صلة بالحكم وجودا وعمدا ، والاخرى عرضية : على القاضي ان يحكم على هذا الشيء في ضوء صفته الاصلية استصحابا لها ما لم يثبت لديه تحقق الصفة العارضة ، وذلك وفقا للقواعد العامة ومنها (الاصل في الصفات العارضة العدم) (٢) .

والصفات الاصلية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود موصوفاتها ولازمة لها لذاتها كسلامة المبيع من العيوب فالاصل في كل مبيع او محل عقد السلامة ، لان العيب صفة عرضية تطرأ بعد السلامة .

وعلى هذا الاساس : اذا حصل الخلاف بين المتعاقدين فادعى المشتري ان العيب قديم حدث قبل القبض ، فهو يبزر له فسخ العقد بخيار العيب ، وانكره البائع وادعى ان العيب حدث بعد القبض فلا يسمح له بالفسخ ، استناداً الى هذا العيب .. ، فعلى القاضي ان يطلب من المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض ، لانه يدعي خلاف الاصل (٣) ، فاذا لم يستطع له توجيه اليمين الى البائع المنكر لدعوى المشتري ذلك لانه مع الاصل .

---

١. الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (م ٧٦) مدني اردني . وفي (م ٧٨) : البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الاصل .

٢. المجلة (م ٩) . والمادة (١ / ٧٥) مدني اردني.

٣. وأوردت المادة (١٩٤) مدني اردني الشروط الواجب توافرها ليثبت خيار العيب :- (يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار ان يكون قديما مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجعله المشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه) .

ومن صور هذا النوع :

- أ- استصحاب صفة العموم : في النص العام العموم صفة اصلية له ، فالاصل في كل نص شرعي او قانوني اذا كان عاما هو العموم ، وتخصيصه بدليل صفة عارضة له ، وعلى هذا الاساس على القاضي حين تطبيقه ان يلتزم بعمومه استصحابا له ما لم يثبت لديه دليل مخصص (١) .
- ب- استصحاب صفة الاطلاق : في النص المطلق صفة الاطلاق اصلية وصفة التقييد عارضة فعلى القاضي حين التطبيق ان يحمله على اطلاقه استصحابا ما لم يثبت له دليل يقيد (٢) .
- ج- استصحاب المعنى الحقيقي : في اللفظ الموضوع لمعنى لغوي او شرعي او قانوني او عرفي ؛ الحقيقة (استعماله في معناه الموضوع له) صفة اصلية ، وعلى القاضي حين تفسير النصوص والعقود حمل الالفاظ الواردة فيها على معانيها الحقيقية استصحابا ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك (٣) .

## استصحاب اليقين :

في المفقود (وهو الغائب الذي لا يعرف مصيره من حياة او ممات) : الحياة صفة اصلية له والوفاة صفة عرضية اضافة الى ذلك فان حياته يقينية ووفاته مشكوك فيه ، فاذا تعارض اليقين والشك يقدم الاول وفقا للقاعدة الفقهية العامة (اليقين لا يزول بالشك) (٤) ، وعلى اساس استصحاب اليقين (او الاصل الذي هو بقاء الحياة) لا توزع تركته ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقوده التي تنتهي بالوفاة ، ولا

- 
١. في جمع الجوامع وشرحه (٢ / ٢٢١) : (واستصحاب العموم او النص الى ورود المغير من مخصص او ناسخ حجة جزما فيعمل بهما الى وروده) (اي ورود المغير) .
- وفي شرح طلعة الشمس على الالفية (١ / ١٧٩) : (الاصل ابقاء العموم على عمومه ، وابقاء النص على حاله حتى يثبت المخصص للعموم والناسخ للمخصص ، وهكذا كل شيء علم وجوده او نفيه من شرع او عقل او حس ، فان الاصل بقاءه على حاله الذي علم عليه حتى يقوم الدليل على انتقاله) .
٢. واوردت المادة (٢١٨) مدني اردني حكم هذه القاعدة بنصها على ان : (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة) .
٣. وذكرت حكم هذه القاعدة المادة (٢١٤ / ٢) مدني اردني ، ونصها :- (والاصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقي) ، وفي المادة (٢١٥) :- (لا عبارة بالدلالة في مقابلة التصريح) .
٤. المجلة (م ٤) . والمادة (٧٤) مدني اردني .

تتضعض مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته لان اليقين لا يزول بالشك (١) .

## الاستنتاج :

يمكن ان نستنتج من العرض المذكور للاستصحاب النتائج الاتية :

**اولا :** كما ان من يدعي الاصل لا يكلف بالبيينة وانما المطالب بها من يدعي خلاف الاصل ، كذلك القاضي عندما يطبق الاستصحاب لا يطالب بان يفتش عن الدليل المغير قبل الحكم بل له الاخذ بعموم واطلاق النصوص بدون التفتيش عن الدليل المخصص او المقيد ، وله العمل بالاباحة الاصلية وبراعة الذمة او بالحكم الثابت بدليل شرعي ، او ان يحكوم على الشيء في ضوء صفته الاصلية بدون ان يكلف بالبحث عن الدليل المخالف لهذه الاصول ، ويؤيد هذه الحقيقة النقل والعقل ، ومن الادلة العقلية: قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تسألوا عن اشياء ان تُبدَ لكم تسؤكم) (٢) وتطبق هذه الاية بصورة خاصة على النوعين الاولين للاستصحاب .

ومن الادلة العقلية : جواز رد القاضي لدعوى من يطالب ما هو مخالف للاصل اذا لم يقدم بيينة تثبت مدعاه وعلى سبيل المثل اذا طلب ورثة المفقود بعد اعلان فقده توزيع تركته عليهم فيجب على القاضي رد الطلب استصحاباً لحياته بدون ان يكلف بالتفتيش والبحث عن بقاء حياته ، لكن بعكس

---

١. اليقين : اعتقاد وجود او عدم وجود الشيء الجازم الثابت المطابق للواقع كالاتقاد ان الله موجود وانه لا شريك له .

الظن : هو التصور الراجع لوجود الشيء او عدمه كتصور النجاح لدى الطالب المجتهد الذي استوعب ما يتوقع ان يمتحن فيه مع التصور المرجوح لفشله .

قال الجرجاني (التعريفات ص ١٤٤) : (الظن هو الاعتقاد الراجع مع احتمال النقيض) ، والطرف المرجوح يسمى وهما .

الشك : هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ترجيح احدهما .

قال الجرجاني (التعريفات ص ١٢٨) : (الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لاحدهما على الاخر عند الشاك) .

الجهل البسيط : هو عدم العلم عما من شأنه ان يكون معلوماً .

الجهل المركب : عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع ، المرجع السابق ص ٨٠ .

٢. سورة المائدة / ١٠١ .



ذلك اذا طلبوا منه الحكم بوفاته بعد مضي المدة المقررة شرعاً وقانوناً ليس له الحكم بالوفاة الا بعد التحري والبحث عنه عن طريق وسائل الاعلام للحصول على الظن بعدم بقائه (١) ، ذلك لانه خلاف الاصل .

**ثانياً :** ما شاع في المراجع الاصولية من الخلاف في حجية الاستصحاب ليس صحيحاً على اطلاقه ، حيث لا يوجد اختلاف يعتد به في الانواع الثلاثة الاولى ، ولا في بعض صور النوع الرابع كما تبين ذلك من عرضنا السابق ، وانما الخلاف في بعض صور النوع الرابع وبصورة خاصة في احكام المفقود كالاتي :

أ- قال الجمهور من الفقهاء والاصوليين : الاستصحاب حجة في الحفاظ على حقوق المفقود المالية وغير المالية الثابتة له قبل فقده ، فلا توزع تركته ، ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقوده وغير ذلك ما لم تثبت وفاته بدليل شرعي او حكم قضائي .

ولكن ليس حجة لاكتساب حقوق جديدة (٢) له فلا يرث من يموت بعده ولا يستحق الوصية او الهبة التي انشئت له بعده ، ذلك لان الحكم بوفاته يكون بالاثر الرجعي الى تاريخ فقده في حق غيره فتعاد حصته من التركة الى بقية الورثة وتبطل الوصية والهبة ، ولان حياته بعد الحكم بوفاته تصبح مشكوكا فيها منذ فقده ولا يستحق الحقوق الجديدة الا من يتمتع بحياة محققة ، كل ذلك ما لم يكن الحكم القضائي مستندا الى تاريخ سابق على وفاة مورثه وانشاء الوصية والهبة له ، والا فيستحق هذه الحقوق وتكون لورثته اذا سبقها التأريخ ، اما في حقوق نفسه فالعبرة بتاريخ الحكم بوفاته ، فتعتد زوجته عدة وفاة من هذا التاريخ ، وتوزع تركته على الوارثين الذين تتوافر فيهم اسباب واركان وشروط الميراث وانفتحت فيهم موانعه في هذا التاريخ (٣) .. كل ذلك استصحابا لحياته التي كانت محققة قبل فقده واستصحابا لزوجية وملكية ثابتتين بدليل شرعي فلا تزولان الا بدليل شرعي آخر .

١. جاء في المادة (١٧٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني : (... وفي كل الاحوال لا بد من التحري عليه - اي المفقود - بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل الى معرفة ما اذا كان حياً او ميتاً) .
٢. في جمع الجوامع (٢ / ٢٢١) : الاستصحاب حجة مطلقاً وقيل حجة في الدفع عما ثبت له دون الرفع به لما ثبت كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بموته فانه دافع للارث منه وليس برافع لعدم ارثه من غيره للشك في حياته فلا يثبت استصحابها ملكاً جديداً اذ الاصل عدمه .
٣. وبهذا الاتجاه أخذ المشرع الاردني ، ونصّ عليه في المادة (١٧٨) من قانون الاحوال الشخصية :- (بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم) .

ب- وذهب الآخرون من الفقهاء والاصوليين الى ان الاستصحاب حجة مطلقاً في حق نفسه ، وحق غيره ، وفي الحفاظ على حقوقه الثابتة واكتساب الحقوق الجديدة فيعد في ذلك بتاريخ الحكم بوفاته، ويعتبر قبل هذا التاريخ حياً استصحاباً . فما احتفظ به من حصته من تركة من مات بعده وهو يرثه ، والموصية او الهبة التي انشئت له بعد فقده وغير ذلك من كل حق جديد يكون لورثته (١) :

وفي احكام المفقود خلافات اصولية وفقهية متشعبة في جوانب كثيرة منها:

- ١- الاختلاف في المدة التي يجب ان تمضي على فقده حتى يعتبر ميتاً : فهي تتراوح بين اقل من سنة وبين بلوغ سن تسعين سنة او موت اقرانه في بلده .
- ب- الاختلاف في بداية هذه المدة : هل من تاريخ مراجعة القضاء او من تاريخ حكم القاضي بتحديد مدة الانتظار ، او من تاريخ فقده (٢) ، او من اعلان فقده كل ذلك محل الخلاف .
- ج- الاختلاف في التفرقة بين الظروف الاعتيادية وغير الاعتيادية : فمنهم من حدد المدة بأربع سنوات مطلقاً ، ونسب هذا الى عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وابن عباس ، ومنهم من فرق فحدد المدة في الظروف غير الاعتيادية كالحرب والفيضان والوباء والزلازل .. بسنة كما هو رأي سعيد بن المسيب (٣) ، وفي قول للمالكية يحكم وفاته بعد رجوع من كان معه سالمين من المشاركين في المعركة ، او المصابين بالوباء او الكارثة الطبيعية .
- د- الاختلاف في طريقة انتهاء العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته : فمنهم من قال : بالحكم بالوفاة(٤) ومنهم من قال بانتهاء مدة الانتظار ومنهم من قال بالطلاق من ولي المفقود .
- هـ- الاختلاف في طبيعة العدة: فمنهم من قال هي عدة الوفاة بعد انتهاء المدة او الحكم القضائي(٥) ومنهم من قال هي عدة الطلاق، ومنهم من قال هي متداخلة في المدة : فمثلاً اذا كانت أربع سنوات فتنتهي عدتها بانتهاء هذه المدة .

---

١. لمزيد من المعرفة في تفصيل هذا الموضوع راجع المحلّي : (١٠ / ١٣٣ - ١٤٢)، الخرشى على مختصر سيدي خليل (٤ / ١٤٨ - ١٥٥) ، المغني لابن قدامة (٦ / ٣٢١ - ٣٢٦) . اعانة الطالبين للدمياطي مع فتح المعين ٤ / ٨٣ .

٢. وبهذا أخذ المشرع الاردني في المادة (١٧٧) من قانون الاحوال الشخصية ونص فيها على أنّ :- (المفقود الذي قُعد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده ...)

٣. وبهذا الرأي أخذ المشرع الاردني ، فيحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده في الظروف الاعتيادية ، وبعد مرور سنة من فقده في الظروف غير الاعتيادية . اذا غلب على الظن هلاكه ، وعلى هذا نصت المادة (١٧٧) من قانون الاحوال الشخصية :- (... يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده ما لم يكن فقده إثر كارثة كزلازل او غارة جوية او في حالة اضطراب الامن وحدث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده ...)

٤ و ٥. وبهذا أخذ المشرع الاردني وذكر حكمه في المادة (١٧٨) من قانون الاحوال الشخصية :- (... تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدّة الوفاة ...)

و- الاختلاف في مصير الزوجة اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته: هل المفقود اولى بها اذا كانت لا تزال في العدة، أو اذا لم تتزوج وان انتهت المدة، أو اذا لم يدخل بها الزوج الجديد(١) ، أو مطلقا وان انجبت الاولاد ، أو يخير بينه وبين الصداق الذي دفعه ، أو بينها وبين صداق الزوج الجديد ، كل ذلك محل الخلاف .

ز- الاختلاف في مصير امواله ، اذا ظهر حيا بعد الحكم بوفاته : هل يستردها كلها عينا اذا كانت باقية أو بدلا اذا لم تكن باقية ، أو ليس له الحق الا فيما هو باق بعينه أو بدله ؟ ايضا محل الخلاف .

ولهذه الآراء المتعارضة ، ولاستبعاد الاحكام القضائية المتضاربة ، ولأجل توحيد التشريعات العربية والاسلامية في هذا الموضوع ، ولرعاية العدالة ومصالحة المفقود وزوجته اوصي بان تأخذ التشريعات العربية والاسلامية بالمقترحات الآتية :

١- ان يتم انقطاع العلاقة الزوجية بين المفقود وزوجته عن طريق التفريق القضائي ، اذا طلبته الزوجة وكانت متضررة ماديا لعدم الانفاق عليها أو معنوياً كخشية وقوعها في خطيئة الزنا وتعدت بعد التفريق عدة الطلاق لا عدة الوفاة لان التفريق غير الحكم بالوفاة .

٢- عدم التسرع في اللجوء الى الحكم بالوفاة كما اقره القانون بعد مضي اربع سنوات في الظروف الاعتيادية (٢) ، أو سنتين في الظروف الاستثنائية (٣) لان هذه الطريقة ثبت عدم نجاحها اثناء الحرب العراقية الايرانية ١٩٨٠ - ١٩٨٨ .

٣- ان يباع من اموال المفقود ما هو معرض للتلف بالسرعة ويحتفظ ببدله مع بقية امواله المنقولة وغير المنقولة تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين .

٤- ان يعين القضاء نائبا للمفقود يدير امواله ويستثمرها لقاء بدل يدفع له من هذا المال تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين أو القضاء حتى يحصل اليأس من حياته ، ويترك ذلك لتقدير القاضي حسب الظروف المحيطة بالفقد ثم بعد التعقيب والتفتيش عنه يحكم بوفاته ثم توزع تركته بعد الحكم بوفاته وعلى من يستحقها وقت الحكم .

---

١. وبهذا أخذ المشرع الاردني فنص في المادة (١٧٩) من قانون الاحوال الشخصية على :- (إذا تزوجت المرأة التي حكم بوفاة زوجها ثم تحققت حياة الزوج الاول لا يفسخ النكاح الثاني بعد الدخول وأما قبل الدخول فينفسخ) .  
٢. يتفق قانون الاحوال الشخصية الاردني في حكم الاربع سنوات (م ١٧٧) مع قانون رعاية القاصرين (العراقي) رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ في مواده (٩٣ - ٩٨) .  
٣. وهي سنة في قانون الاحوال الشخصية الاردني(م١٧٧).

٥- في حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته وبعد توزيع تركته يسترد من الورثة ما هو باق بأيديهم من عين او بدل لان توزيع التركة كان مستندا الى سند شرعي . وهو حكم القاضي .

٦- الاخذ بمذهب الجمهور في ان الاستصحاب حجة في الحفاظ على الحقوق الثابتة للمفقود قبل فقده ، ولا يصلح حجة لكسب حقوق جديدة ، على ان يأخذ القاضي بالاحتياط في توزيع تركة من مات بعد المفقود وهو يرثه ، ويحتفظ بحصته ويحسب له حساب البقاء على الحياة احتياطا فان ظهر حيا يأخذها هو او ورثته ان مات بعد ذلك والافترد على بقية الورثة كل بالنسبة الى حصته (١) .

## الصلة بين الاستصحاب وقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية

الصلة وثيقة بين النوع الرابع من الاستصحاب في اصول الفقه الاسلامي وبين قاعدة (الحيابة في المنقول سند الملكية) في القانون لان اساسها الشرعي والقانوني هو استصحاب من النوع الرابع، ولايضاح هذه الحقيقة نستعرض القاعدة بصورة موجزة ثم نبين قيام هذه الصلة .

الحيابة (٢) وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء قابل للتعامل بقصد استعمال حق الملكية له او حق من الحقوق العينية الاخرى .

عناصر الحيابة : نستنتج من هذا التعريف ان الحيابة تتوقف على توافر عنصرين :

١. على القاضي ان يأخذ بالاحتياط في توزيع تركة يكون المفقود احد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والاحكام الاتية :

أ- اذا كان المفقود هو الوارث الوحيد او ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة توقف التركة كلها الى ان يتبين مصير المفقود كمن توفي عن ابن مفقود واخوة واخوات .

ب- ان كان منقولا لا يحجب غيره حجب حرمان ولكنه يحجب حجب نقصان يعطى لهذا الغير الاقل من نصيبه، كابن مفقود واب وام وزوجة يعطى لكل واحد من الابوين السدس وللزوجة الثمن الى ان يتبين مصير المفقود او يحكم بوفاته .

ج- الوارث الذي يتأثر نصيبه ب حياة او ممات المفقود يحسب له ما هو الاسوأ في الحالتين فمن يرث على تقدير دون تقدير لا يعطى له شيء .

٢. الحيابة في القانون يقابلها وضع اليد في الفقه الاسلامي ، ويد الامانة حيابة مشروعة ، ويد الضمان حيابة غير مشروعة . وعرفها المشرع الاردني في المادة (١١٧١ / ١) من القانون المدني الاردني بانها :- (الحيابة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه او بواسطة غيره على شيء، أو حق يجوز التعامل فيه) .

١- العنصر المادي : وهو عبارة عن السيطرة المادية على شيء موضوع الحيازة اي يد الحائز على الشيء الذي يحوزه سواء كان منقولاً ام عقاراً .

والحيازة تختلف باختلاف طبيعة المال المحاز : فحيازة المنزل تكون بالسكنى فيه ، وحيازة الارض تكون باستثمارها ، وحيازة السيارة تكون باستعمالها ، وحيازة كل منقول تكون بالسيطرة عليه واستخدامه فيما يستخدم فيه عادة ، ولا يشترط ان تكون الحيازة مباشرة فالسيطرة قد تكون بنفسه وقد تكون بواسطة من ينوب عنه .

٢- العنصر المعنوي : وهو نية (قصد) التملك ، ويجب ان يتوافر عند الحائز شخصياً لانه عنصر ذاتي فلا تجوز النيابة فيه الا اذا كان الحائز عديم التمييز (١) .

### شروط تطبيق القاعدة :

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية توافر الشروط التالية :

- أ- ان يكون المحاز منقولاً مادياً بان يمكن نقله من مكان الى اخر بدون تلف ، اما اذا كان عقاراً فيشترط مع الحيازة توفر عنصر التقادم ، وهو يختلف باختلاف القوانين زماناً ومكاناً .
- ب- ان تكون الحيازة حقيقية بان يتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي .
- ج- ان يكون حسن النية يعتقد انه تلقى الملكية من مالك المنقول (٢) .
- د- ان يكون السبب صحيحاً (٣) ، ويرى البعض ان الشرط الثالث يقني عن هذا الشرط وهم على صواب .

١. يرى الفقيه الالماني اهرنج : ان النية عند الحائز لا تعتبر عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية الذي يتضمن عنصر النية حتماً وان السيطرة المادية هي الحيازة بذاتها ، السنهوري - الوسيط : ٨٠٥٦ / ٩ .
- وفي موضوع الحيازة راجع تبصرة الحكام لابن فرحون هامش فتح العلي المالك ١٠١ / ٢ .
٢. ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية اهمية في دعاوى الحيازة لكن له الاهمية من الواجهة الآتية :-
  - أ- للحائز حسن النية استرداد المصاريف النافعة التي أنفقها على العين من مالها .
  - ب- الحائز حسن النية ليس مسؤولاً عن تبعات هلاك العين .
  - ج- في حيازة العقار يشترط مضي (١٥) سنة بالنسبة لسيء النية و (٥) سنوات لحسن النية .
  - د- مجرد الحيازة في المنقول لا يكفي لثبوت الملكية لسيء النية .
٣. والمشرع الاردني ذكر الاسباب الصحيحة في حيازة العقار على سبيل الحصر ، فذكر في المادة (١١٨٢ / ٢) من القانون المدني أن : (السبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية :-
  - أ- الاستيلاء على الأراضي الموات .
  - ب- انتقال الملك بالإرث أو الوصية .
  - ج- الهبة بين الاحياء بعوض أو بغير عوض .
  - د. الفراغ أو البيع الرسمي أو العادي) .فاذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات . م ١ / ١١٨٢ .

## الاثـر المترتب على توفر هذه الشروط :

إذا توافرت الشروط المذكورة يكتسب الحائز المحاز بمجرد الحيـازة وبذلك تكون الحيـازة وحدها سبباً من أسباب كسب الملكية للمنقول (١) لكن بخلاف حيـازة العقار فإنها تحتاج إلى التـقادم وهو يختلف من حيث المدة باختلاف القوانين وحسن النية وسوء النية وطبيعة المال المحاز (٢) . ومرور مدة التـقادم مانع من سماع دعوى الملك المطلق على الحائز (واضع اليد) في القوانين التي أخذت أحكامها من الفقه الإسلامي كالقانون المدني الأردني (٣) .

## اساس قاعدة الحيـازة في المنقول سند الملكية :

هناك ثلاث نظريات قانونية تكلفت ببيان هذا الاساس :

١- النظرية القديمة (او الفرنسية) : وهي تذهب إلى ان الاساس هو التـقادم الفوري لان هذا الاساس يتفق مع التطور التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيـازة حيث كان المنقول في القانون الروماني يكتسب ملكيته بالتـقادم كالعقار وانتقلت القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم ، ورعاية استقرار التعامل بالمنقول اقتضت تنقيص مدة التـقادم شيئاً فشيئاً إلى ان الغيت دون تغير طبيعة نظام تملك المنقول بالحيـازة ، فالمنقول يملكه الحائز بالتـقادم ولو كانت المدة (٤) لحظة وهذه النظرية سفسطة محضة لان مرور الزمان مأخوذ في حقيقة التـقادم فلا وجود لتـقادم فوري في عالم المنطق والعقل السليم .

- 
١. هذا خلافاً للفقه الإسلامي فان حيـازة المنقول بدون المدة لا تكفي ، وحدها الاقل عشرة اشهر في المنقول وعشر سنوات في العقار ، ومن شروط الحيـازة لكسب الملكية في الفقه الإسلامي ما يلي :
    - ١- وضع يد الحائز على الشيء المحاز .
    - ٢- تصرف الحائز في هذا الشيء كتصرف المالك .
    - ٣- ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز .
    - ٤- حضور المحاز عليه (مدعي ملكية الشيء) في نفس المنطقة .
    - ٥- علم المحاز عليه بالحيـازة وبيان المحاز ملك له .
    - ٦- سكوت المحاز عليه بالحيـازة وبيان المحاز ملك له .
    - ٧- استمرار الحيـازة فترة لا تقل عن عشرة اشهر في المنقول وعشر سنوات في العقار ، لمزيد من التفصيل راجع الحيـازة والتـقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد محمد ص ١١٢ وما بعده .
  - وفي القانون المدني الأردني هي قرينة بسيطة على الملكية قابلة لاثبات العكس . راجع المادة (١١٨٩ / ٢) .
  ٢. فترة التـقادم في حيـازة الوقف (٣٦) سنة . ( م ١١٨٣ / ١ ) مدني أردني .
  ٣. راجع المواد (١١٨١) و ( ١ / ١١٨٢ ) و ( ١ / ١١٨٣ ) و ( ١ / ١١٨٤ ) . ومرور التـقادم بالمعنى المذكور اعلاه يجعل التزام الحائز برد المال المحاز إلى مدعي ملكيته اذا كان محقاً بدعواه التزاماً طبيعياً ، بمعنى يصح ادائه باختياره ، ولا يستطيع مدعي الملكية اجبار الحائز عليه . اما احكام الالتزام الطبيعي فقد اوردت المادتان ( ٢ / ٣١٣ ) و ( ٣١٤ ) . الوسيط ، المرجع السابق ٩ / ١١٤٥ وما بعدها .
  ٤. الوسيط، المرجع السابق ٩ / ١١٤٥ وما بعدها .

٢- نظرية القرينة القانونية : مفادها : ان الحيازة تنشئ على الفور لمصلحة الحائز قرينة على ملكيته للمنقول يستطيع بواسطتها ان يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق فالحيازة قرينة قاطعة لا تقبل العكس ، وانتقدت بان القرائن القاطعة تقبل النقض بالاقرار او النكول عن اليمين بخلاف الحيازة (١) .

٣- النظرية الحديثة : ومفادها ان الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون ، فالحيازة ذاتها سبب من اسباب الملكية وهي حالة من حالات التملك بحكم القانون وتشبه حالة التملك بالاستيلاء وصوبها الاستاذ السنهوري فقال : وهي النظرية الصحيحة في نظرنا وقال : اخذ بها القانون المدني المصري الجديد واجمع عليه الفقه في مصر ويلاحظ على هذه النظرية الملاحظات الآتية :

أ- انها من قبيل تعليل الشيء بنفسه فكانها تقول الحيازة في المنقول سبب الملكية لانها وحدها وبذاتها سبب الملكية وتعليل الشيء بنفسه باطل .

ب- انها خالية من بيان اي اساس وهي تكونت لبيانه .

ج- ليست الحيازة وحدها سبب الملكية بحكم القانون بل بقية اسباب كسب الملكية كذلك .

## الاستصحاب هو اساس القاعدة :

النوع الرابع من الاستصحاب وهو استصحاب الصفة الاصلية هو الاساس لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) لان الحيازة مظهر من مظاهر الملكية وخصيصة من خصائصها الاصلية تخولها الملكية التامة للحائز شأنها شأن التصرف والاستعمال والاستغلال .

فهذه الامور الاربعة (٢) هي من ميزات وخصائص الملكية وتسميتها من قبل بعض رجال

---

١. المرجع السابق ٩ / ١١٤٧ .

٢. الحيازة ، والتصرف ، والاستعمال ، والاستغلال .

القانون (١) بالعناصر مبنية على الخلط بين العناصر والخصائص ، فعناصر الشيء سابقة على وجوده في حين أن صفاته وخصائصه لاحقة لوجوده .

وبناء على ذلك فإن حيازة الحائز للمنفول صفة اصلية ولو ظاهرا ودعوى الاستحقاق المستندة الى انها عرضية لا تقبل الا بالبينة استصحابا للصفة الاصلية (٢) .

فاذا ثبتت الحيازة الاصلية بالاستصحاب تثبت الملكية بالالتزام لان الملكية لازمة والحيازة ملزومة ووجود اللازم يستلزم وجود ملزومه .

وإذا ثبتت الملكية في الحال يعتبر الثبوت بالاثر الرجعي الى بدء وقت الحيازة بالاستصحاب المقلوب وهو ثبوت الامر في الزمن الماضي لثبوته في الحال (٣) .

---

١. في مصادر الحق للاستاذ السنهوري (١ / ٢١) : ونرى من ذلك ان عناصر حق الملك في الفقه الاسلامي كما

هي في الفقه الغربي : ثلاثة :

١- الانتفاع بالعين المملوكة .

٢- الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج .

٣- التصرف في العين .

٢. ويبدو من خلال مطالعة المواد (١١٧٥ / ٢) (١١٨٤ / ٢) و (١١٨٩ / ٢) من القانون المدني الاردني ان المشرع

الاردني بنى الحيازة على مبدأ الاستصحاب ، اما المادة (١١٧٥ / ٢) فقد نصت على : (تبقى الحيازة محتفظة

بصفتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يتم دليل على عكس ذلك) ، ونصت المادة (١١٨٤ / ٢) على :- (ويعتبر

وضع اليد اذا كان قائماً مع ثبوته في وقت سابق قرينة على قيامه بين الزمنين ما لم يتم دليل ينفيه) ونصت

المادة (١١٨٩ / ٢) على : (وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية - ملكية المنقول - ما لم يثبت غير ذلك) .

فاذا جمعنا ذلك مع ما نصت عليه المادة (٧٦) : (الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) ، اتضح بجلاء

اتجاه المشرع الاردني في بنائه أحكام الحيازة في المنقول على مبدأ الاستصحاب اعتماداً منه لموقف الفقه

الاسلامي منها .

٢. في جمع الجوامع وشرحه (٢ / ٢٢٢) اما ثبوت الامر في الاول لثبوته في الثاني فاستصحاب مقلوب كأن يقال

في المكيال الموجود الان كان على عهده (ص) باستصحاب الحال في الماضي . وقد عد بعض الاصوليين

الاستصحاب المقلوب نوعاً خامساً يراجع لتفصيل ذلك الاجهاج شرح المنهاج ٢ / ١٧٠ لشيخ الاسلام علي بن

عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي .



القسم الثاني

# الحكم الشرعي

- ١- الحكم الشرعي التكليفي وانواعه.
- ٢- الحكم الشرعي الوضعي وانواعه.
- ٣- عناصر الحكم الشرعي.



## المقدمة

الحکم لغة القضاء ، ویطلق علی الحکمة : وفي العرف هو اثبات أمر لآخر أو نفيه عنه . کقولنا : هذا الشيء حسن وهذا الشيء غیر حسن .

والأحكام الشرعية التي أتت بها الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام :

**القسم الأول :** الأحكام الشرعية الاصولية العقائدية (أصول الدين) وهي تتعلق بمعتقدات الانسان من الايمان بالله وما يتفرع عنه من الايمان بسائر الامور الاعتقادية ومحل بحث هذا القسم هو علم الکلام (علم العقائد) .

**القسم الثاني :** الأحكام الخلقية : وهي احكام تهذيبية وسلوكية تتعلق بما يلزم ان يتحلّى بها الانسان من الصفات الحميدة وان يتخلّى عنها من الصفات الرذيلة ومحل بحثها هو علم الاخلاق .

**القسم الثالث :** وهو القسم المعنى بدراستنا الأحكام الشرعية العملية وهي التي تعالج تنظيم علاقة الانسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره من بني نوعه .

**الحکم الشرعي العملي :** هو خطاب الله المتعلق بتصرفات الانسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع .

### تحليل التعريف :

**خطاب الله :** اي كلامه النفسي الازلي المسمى في الازل خطاباً حقيقة على الاصح ، ويدل عليه الكتاب والسنة وياقي الأدلة الاجتهادية ، لكن دلالة الأدلة الاجتهادية عليه ظنية ، اي كاشفة عن الخطاب بصورة ظنية ، والخطاب موجّه للمكلفين لتنظيم الاسرة البشرية ، وحياتهم الدنيوية والاخرية .

**المتعلق :** المنظم والمبين لأحكام التصرفات من حيث المشروعية وعدمها ومن حيث الصحة والبطلان والفساد ودور الوقائع في السببية والشرطية والممانعة .

**التصرفات :** التصرف اتجاه الارادة الى احداث اثر يعتد به الشرع (بان يرتب عليه الاثر) سواء كان مشروعاً أم لا ، قولياً أم فعلياً ، فالقولي المشروع كالعقود ، وغير المشروع كالقذف والغيبة والنميمة ... والفعلي المشروع كانهاء الغرقى وغير المشروع كالقتل بدون حق .

**الوقائع :** الواقعة ما حدثت رغم ارادة الانسان سواء كانت من نتائج فعل الانسان كحوادث السيارات او بقوة قاهرة كتحطم الطائرات في الجو وسواء كانت مادية كاتلاف المجنون مال الغير ام معنوية كالجنون والقراية والعقل .

**الاقتضاء :** طلب الفعل على وجه الحتم والالزام او على وجه الاولوية والاقضلية ، وطلب الترك على وجه الحتم والالزام أو على وجه الاولوية والاقضلية .

**التخيير :** ترك الحرية للانسان في فعل شيء او تركه .

**الوضع :** هو جعل الشيء سببا او شرطاً او مانعاً او صحيحاً او باطلاً (او فاسداً) .

### **اقسام الحكم الشرعي :**

يستنتج من التعريف المذكور للحكم الشرعي انه ينقسم الى قسمين : التكليفي والوضعي .

### **القسم الاول :**

**الحكم الشرعي التكليفي :** وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير .

**المكلف :** هو الانسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية : البلوغ ، والعقل ، والعلم بما

يكلف به ، والقدرة على الاداء ، والاختيار . واذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه

اليه التكليف لقوله تعالى : ( لا تكلف نفس الا وسعها ) (١) ، ( لا يكلف الله نفساً الا

وسعها ) (٢) . ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم (ان الله وضع عن امتي الخطأ

والنسيان وما استكروهوا عليه) (٣) (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن

المجنون حتى يفيق وعن الصغير حتى يكبر ) ( او يحتلم) .

### **القسم الثاني :**

**الحكم الشرعي الوضعي :** وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات الانسان والوقائع على وجه

الوضع اي يجعلها سبباً لحكم او شرطاً له أو مانعاً منه او عدّ

التصرف صحيحاً او باطلاً (أو فاسداً) .

وبهذا العرض الموجز يتضح لنا ان كل قسم خمسة انواع عند جمهور الاصوليين ، ثم ان للحكم

الشرعي سواء كان تكليفاً ام وضعياً ثلاثة عناصر : الحاكم والمحكوم فيه (اوبه) والمحكوم عليه ،

ودراسة هذه المواضيع تتطلب توزيعها على ثلاثة فصول يخصص الاول للحكم الشرعي التكليفي

وانواعه ، والثاني للحكم الشرعي الوضعي وانواعه ، والثالث لعناصر الحكم الشرعي .

١ . سورة البقرة / ٢٢٢

٢ . سورة البقرة / ٢٨٦

٣ . رواه ان ماجه (٤٥ ، ٢) وابن حبان (١٤٩٨) . ورواه الحاكم ٢ / ١٩٨ بلفظ تجاوز الله عن امتي .. الحديث

وقال صحيح على شرط الش

# الفصل الاول الحكم الشرعي التكليفي

الحكم الشرعي التكليفي كما ذكرنا يتضمن خمسة انواع وهي الايجاب والندب والتحرير والكراهة والاباحة ونخصص لبيانها مبحثاً ثم نعقبه بمبحث ثانٍ لما يتعلق بالواجب بصورة خاصة لاهميته .

## المبحث الاول انواع الحكم الشرعي التكليفي

للحكم الشرعي التكليفي خمسة انواع اربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء) وخامسها الاباحة كالاتي :

**النوع الاول :** الايجاب وهو اقتضاء (طلب) الفعل على وجه الحتم والالزام . والواجب هو الفعل المطلوب ادائه على وجه الحتم والالزام (١) بحيث يقدر ويتأب فاعله (٢) ويلام ويعاقب تاركة ، وتركه جريمة سلبية لان ركنه المادي فعل سلبي . وهو الامتناع عن اداء الواجب .

١. الواجب والفرض مترادفان عند جمهور الاصوليين لان المراد بكل منهما فعل مطلوب ادائه على وجه الحتم والالزام سواء كان ثابتاً بدليل ظني كحديث الاحاد ام بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن وكحديث متواتر. وقال البعض (كالحنفية) :- الفرض ما ثبت بدليل قطعي كاداء الزكاة ، والامر بالمعروف ، والتعاون على البر .. والواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر ، والاضحية .

وظن البعض (كصاحب جمع الجوامع ١ / ٨٨) ان الخلاف لفظي ، وهذا غير صحيح لان الخلاف اللفظي لا تترتب عليه الاثار الخلافية في حين تترتب على هذا الخلاف اختلاف الحنفية مع غيرهم (كالشافعية) في بعض المسائل الفقهية منها : ان الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية ، وهي صحيحة عند الحنفية اذا قرأ ما يعادلها من الايات القرآنية الاخرى ، ومن الواضح ان قراءة الفاتحة في الصلاة ثبتت بدليل ظني وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب) ، وقراءة القرآن ثابتة بالقران وهو قوله تعالى . (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) المزمّل / ٢٠ ، ثم منكر الفرض يكفر عند الحنفية ومنكر الواجب لا يكفر .

٢. في شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص٧١) : (ليس كل واجب يتأب على فعله ، ولا كل حرام يتأب على تركه ، اما الاول فكثفتات الزوجات والاقارب والدواب ، ورد المغصوب والودائع والديون فانها واجبة فاذا فعلها الانسان غافلا عن امتثال امر الله تعالى فيها وقعت واجبة مجزئة مبرئة للذمة ولا ثواب حينئذ ، اما الثاني فلان المحرمات يخرج الانسان عن عهدها بمجرد تركها وان لم يشعر بها فضلا عن القصد اليها فلا امتثال لامر الله فيها ولا ثواب) .

## الواجب والالتزام : لحد كتابة هذه الاسطر لم اطلع لا في الفقه الاسلامي ولا في القانون ولا

في فقه القانون على تعريف واضح شامل جامع مانع لهذا المصطلح (الالتزام) ولكن بعد الموازنة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي من جهة، وبين الايجاب والوجوب والواجب والالتزام من جهة اخرى تبين لي ان **الالتزام**: هو تحمل اداء واجب طوعا او كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير الى انقضائه (١) .  
**والذمة** صلاحية الانسان لان يكون له الحقوق وعليه الالتزامات .

ومن البد هي ان مصدر الالتزام ليس دائما تصرفا اراديا، فمن اتلف مال الغير خطأ او نسيان يجب عليه التعويض ويلتزم بدفعه الى هذا الغير، واذا تحطمت طائرة في الجو فقد تلتزم الدولة او الشركة بدفع التعويض لضحايا الكارثة .

أجل الالتزام بمعناه اللغوي مصدره ارادة الانسان يقال: التزم المال او العمل اي اوجبه على نفسه ولكن من الخطأ تفسيره بهذا المعنى الضيق ايضا في فقه الشرع وفقه القانون بعد الاعتراف بان مصادره (اسبابه) اما تصرف شرعي (او قانوني) ، او واقعة شرعية (او قانونية) . او الشرع (او القانون) .

وكذلك من الخطأ تعريفه بالواجب (٢) لان الواجب صفة فعل الانسان والالتزام صفة الانسان نفسه ولا يحمل احدهما على الآخر لان الموضوع والمحمول (او المبتدأ والخبر) يجب ان يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار .

ومن غير المنطق ايضا تعريفه بانه : الوجه الثاني للحق الشخصي (٣) أي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يطلب احدهما (الدائن) من الآخر (المدين) القيام بفعل او اعطاء او امتناع عن فعل فهي بالنسبة الى الدائن حق شخصي وبالنسبة الى المدين التزام ، وذلك للاسباب الاتية :

١. وهذا الحق يسمى ديناً وهو ما تعلق بذمة الغير من مال حكمي او عمل .
٢. كما في مشروع القانون المدني العراقي الجديد (م ١١٠) : «الالتزام واجب قانوني اداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر» .
٣. كما هو المعروف المتداول في قوانين البلاد العربية ولدى شراح هذه القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني . انظر الوسيط للسنهوري ١ / ١٥٢ ، المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البدرابي ص ٤٧٦ . مصادر الالتزام لاستاذنا عبد المجيد الحكيم ١ / ١٢ .

أ- ان الحق الشخصي والالتزام في هذه الحالة يكونان متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار وهذا باطل لان الحق الشخصي عنصر ايجابي في الذمة المالية في حين ان الالتزام عنصر سلبي . ثم لو صح انهما متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار لجاز حمل احدهما على الآخر بان يقال الحق التزام او الالتزام حق .

ب- الالتزام من الامور الواقعية والرابطة القانونية المذكورة من الامور الاعتبارية .

ج- الرابطة من مقولة الاضافة (١) ، والالتزام من مقولة الانفعال (٢) والمقولتان متباينتان والحق من مقولة الكم لانه يقدر بالمساحة او العدد او الوزن او الكيل .

وبناء على ذلك فان التعريف الصحيح السليم هو ما ذكرناه من انه تحمل اداء واجب طوعا او كرها تنتشغل به الذمة بحق للغير الى ان ينقضي بوسيلة من وسائل الانقضاء كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة وغيرها ..

**عناصر الالتزام :** الالتزام بمفهومه الاصطلاحي يتوقف وجوده على توافر العناصر الخمسة الآتية :-

١- المصدر الملزم سواء كان تصرفا شرعيا (قانونيا) أم واقعة شرعية (قانونية) ام شرعاً (قانونا).

٢- الملزم وهو الشخص المدين سواء كان طبيعيا كالانسان ام معنويا كالدولة .

٣- الملزم له: وهو الشخص الدائن سواء كان طبيعيا ام معنويا .

٤- موضوع الالتزام وهو ما ينصب عليه محل الالتزام وغالبا يكون محل العقد .

٥- محل الالتزام وهو الاداء . فعل الشيء او الامتناع عن الشيء) ولا يكون محلا للالتزام الا الفعل كالتسليم والوفاء .. لانه من الاحكام التكليفية التي تتعلق بافعال الانسان. وقد خلط بعض فقهاء القانون بين محل الالتزام وموضوع الالتزام (٣) فمن باع سيارة يكون مدينا ملتزما بتسليمها الى المشتري الذي هو دائن وملتزم له ومحل الالتزام هو التسليم . وكذلك الامر بالنسبة للثمن ، وموضوعه المبيع ، ومصدره البيع .

١. الاضافة : نسبة متكررة تصورها يتوقف على تصور امرين آخرين كالابوة ، تصورها يتوقف على تصور الاب والولد ، وكذلك البنوة .

٢. الانفعال هو التأثر والمطاوعة كالتسخن كما ان الفعل هو التأثير كالتسخين .

٣. كالدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال في كتابه مصادر الحق (١ / ١٥) : (الالتزام بالدين محله مبلغ من النقود او جملة من الاشياء المثلية والالتزام بالعين محله عين معينة بالذات) . وكما قلنا الالتزام من الاحكام التكليفية المطلوبة على وجه الحتم والالزام ولا تتعلق الا بفعل الانسان ، ومحله لا يكون الا فعلا ، ففي الامثلة المذكورة مبلغ النقود والاشياء المثلية موضوع الالتزام ، وادائها او ردها او تسليمها محل الالتزام ، وكذلك العين المعينة بالذات موضوع الالتزام ، فتسليمها او ردها او تملكها محل الالتزام .

## مصادر الوجوب والالتزام :-

مصادر الوجوب هي نفس مصادر الالتزام وهي في الفقه الاسلامي :-

١. التصرفات الشرعية : سواء كانت قولية (كالعقد والارادة المنفردة) ام فعلية (كالفعل الضار والفعل النافع) .

٢. الوقائع الشرعية: وهي التي لا تكون بارادة الانسان وان كانت بفعله كحوادث اصطدام السيارات . وقد تكون الوقائع طبيعية ، وقد خلط فقهاء القانون بين التصرفات الفعلية والوقائع القانونية (١) كما ذكرنا .

٣- الشرع: فجميع الواجبات من العبادات والعقائد مصدرها الشرع، وفي القوانين المدنية السائدة ومنها القانون المدني الاردني مصادر الالتزام خمسة وهي العقد، والارادة المنفردة، والفعل الضار ، والفعل النافع (او الاثراء بلا سبب او الكسب بلا سبب)، والقانون .. والاربعة الاولى من هذه الخمسة تندرج تحت التصرفات الشرعية (او القانونية) .

**النوع الثاني :** الندب : والمراد بالندب طلب الفعل على وجه الاولوية والافضلية بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه كزيارة المرضى ، وسنن الصلاة والصيام ، وغير ذلك من جميع الافعال الخيرة ما عدا الواجبات . والفعل المطلوب على وجه الافضلية والاولوية كما يسمى مندوباً يسمى مستحباً وسنة ونفلاً والفعل المندوب كما يكون البدء به مستحباً كذلك الاستمرار فيه بعد البدء يكون به مستحباً كذلك الاستمرار فيه بعد البدء يكون مستحباً ومندوباً باستثناء الحج(٢) لان نفعه كفرضه في النية فانها في كل منهما قصد الدخول في الحج وكذا في الكفارة وغيرها خلافا لبعض الفقهاء حيث قالوا : كل مندوب يتحول الى الواجب بالشروع فيجب اكماله ..

١. لانهم جعلوا كلا من التصرفات الفعلية والوقائع القانونية مصدراً واحداً مقابل التصرف القانوني والقانون ، عندما حاولوا ارجاع المصادر الخمسة التقليدية للالتزام الى ثلاثة وهي التصرف القانوني ، والواقعة القانونية، والقانون .

٢. جمع الجوامع ١ / ٩١ وفيه (ولا يجب المندوب بالشروع اي لا يجب اتمامه لان المندوب يجوز تركه خلافاً لابي حنيفة في قوله بوجود اتمامه لقوله تعالى (ولا تبطلوا اعمالكم) ووجوب اتمام الحج المندوب بالشروع لان نفعه كفرضه نية وكفارة وغيرهما) .



## النوع الثالث : التحريم : وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام ، والفعل

المطلوب هو الامتناع والكف عن المنهي عنه علي وجه الحتم والالزام ويسمى محرما وحراما ويذم فاعله ويعاقب ويقدر تاركه ويثاب ، وفعله يشكل جريمة ايجابية لان ركنها المادي يتم بفعل ايجابي كالزنا المحرم بقوله تعالى ( ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا ) (١) وكحرمة تزوج المحارم الثابتة بقوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ... الاية) (٢)

والانسان البالغ العاقل كما انه مكلف وملزم باداء الواجبات كذلك ملزم ومكلف بترك المحرمات ، لكن التحريم المتوقع لا يوجب في الحال الكف عن الفعل وعدم الحل (٣) .

## انواع المحرم : ينقسم المحرم الى نوعين : لذاته ولغيره

أ- المحرم لذاته هو ما قصد الشارع تحريمه ذاتيا لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسدة لذاته فانه اذا كان عقدا يقع باطلا كبيع الميتة ، وتزوج المحرمات من النساء ، واذا كان تصرفا فعليا ضارا يقع جريمة كالسرقة والزنا وخيانة الامانة والتجسس وغير ذلك من الافعال الاخرى القبيحة لذاتها .

ب- المحرم لغيره وهو ما يكون مشروعاً لذاته ولكنه اصبح قبيحاً ومضرا لغيره كالخطبة على خطبة الغير والبيع على بيع الغير ونحوهما فان كلا من الخطبة والبيع عمل مباح لذاته لكن يصبح محرما اذا كان مؤديا الى الحاق الضرر بالغير . ومع ذلك الفاعل يعتبر اثماً وأن التصرف يكون صحيحا منتجا لاثاره عند جمهور الفقهاء ، ولم يفرق الظاهرية وبعض الحنابلة بين النوعين من المحرم في عدم ترتب الاثار الشرعية عليه على اساس أن النهي يقتضي الفساد ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .

## النوع الرابع : الكراهة : وهي طلب الشارع الكف عن الفعل طلبا غير جازم ، والفعل المطلوب

تركه طلبا غير جازم يسمى مكروها وهو ما يمدح تاركه ولا يعاقب فاعله وامثلة

١. سورة الاسراء / ٣٢ .

٢. سورة النساء / ٢٣ .

٣. وتتفرع على ذلك فروع فقهية منها : ان للزوجة التصرف في جميع مهرها المقبوض بمجرد العقد رغم ان ملكها له لا يستقر الا بالدخول ، وللمؤجر التصرف في الاجرة المقبوضة رغم احتمال فسخ الايجار قبل انتهاء المدة .

المكروه منها : تساؤل الانسان عما لا يعنيه كما قال القرآن الكريم ( يا ايها الذين آمنوا لا تسألوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم) (١) .

ومنها الزيارات لبيوت الغير في اوقات غير مناسبة وبدون اذن سابق كما قال القرآن (يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا) (٢) .

### النوع الخامس : الاباحة :

وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الانسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب .  
وأضافة الى ان الاصل في الاشياء الاباحة قد يفهم حكم الاباحة من تصريح الشارع بالحل ، كما في قوله تعالى (اليوم أحلّ لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم وطعامكم حلّ لهم) (٣) .  
وقد يؤخذ من النص على نفي الاثم أو الجناح أو الحرج على من يفعل الفعل ، كما في قوله تعالى (فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثمَ عليه أنّ الله غفور رحيم) (٤) ، وقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفسكم) (٥) ، وقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) (٦) ، وغير ذلك من الآيات الدالّة على ما هو مباح للانسان .

---

١ . سورة المائدة / ١٠١

٢ . سورة النور / ٢٧ .

٣ . سورة المائدة / ٥

٤ . سورة البقرة / ١٧٣

٥ . سورة البقرة / ٢٣٥

٦ . سورة النور / ٦١

# المبحث الثاني

## الواجب ، اقسامه ، اداؤه ، قضاؤه

افردنا هذا النوع من الاحكام التكليفية بمبحث مستقل رغم سبق بيانه ذلك لاهميته من حيث الاقسام والاداء والقضاء .

**اقسام الواجب :** ينقسم الواجب الى اقسام مختلفة بالاعتبارات الآتية :

**أ- باعتبار المقدار المطلوب : محدد وغير محدد :**

١- **الواجب المحدد :** هو الذي يحدد مقداره كالزكاة فان نسبتها في كل مال تجب فيه مقدرة بمقدار معين ، ويقابل الواجب الشرعي المحدد الواجب القانوني المحدد كالضرائب ، واجور الماء والكهرباء والهاتف وغير ذلك من الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية .

٢- **الواجب غير المحدد :** وهو الذي لم يحدد مقداره كالانفاق في سبيل الله ، والتبرعات التي على المتمكن ان يدفعها للمكوب في الظروف الطارئة كالفيضان والزلازل والحرب والحريق .

**ثمرة التقسيم :** تظهر ثمرة التقسيم في الأحكام الآتية :

**اولاً :** الواجب المحدد يجب ديناً في الذمة وتصح المطالبة به من غير توقف على حكم قضائي او اتفاق رضائي بخلاف الواجب غير المحدد فانه لا يتعلق بذمة الانسان ديناً وبالتالي لا يطالب به الا بعد قضاء او رضاء . واختلف الفقهاء في نفقة الزوجة فمن قال انها واجب محدد قال تجب بمجرد الزواج وبهذا اخذ المشرع العراقي (م٢٣) لكن اعتبر نفقة الاقارب واجبا غير محدد فلا يقضي بها الا من تاريخ الادعاء (م٦٣) ، وقد وافقه المشرع الاردني في نفقة الاقارب م (١٧٥) (١) وجعل نفقة الزوجة واجبة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح (م ٦٧) ، ويحدد مقدارها بالتراضي او التقاضي على ان لا يقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة ، لكنه حكم بسقوط نفقة المدة السابقة للتراضي او التقاضي (م ٧٠) .

**ثانياً :** لا تبرأ ذمة المكلف المدين بالواجب المحدد ما لم يؤديه على الوجه المطلوب وبالقدر المحدد . بخلاف الواجب غير المحدد فان أمر ادائه وتحديد مقداره متروك لسعة ومقدرة ارادة شخص المكلف .

---

١. من قانون الاحوال الشخصية المؤقت الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ ، ونصها : (تفرض نفقة الاقارب اعتباراً من تاريخ الطلب) .

## ب- باعتبار محل الاداء معين ومخير (١) :

١- الواجب المعين ما طلب بعينه ولا يجوز العدول الى البديل بارادة المدين كالصلاة والصيام ورد المال المسروق والمغصوب والمعار والمستأجر والوديعة وتسليم المبيع المعين بالذات .

٢- الواجب المخير : هو ما طلب لا بعينه وانما في ضمن امور معينة يكون محل الاداء واحداً غير معين من بين اثنين او ثلاثة من الامور المعينة المحددة كاحد خصال كفارة اليمين فالقرآن الكريم حدد كفارة اليمين فالقرآن الكريم حدد كفارة اليمين بواحد من هذه الواجبات (اطعام عشرة مساكين ، او كسوتهم ، او تحرير انسان مستعبد) ، فان لم يستطع ان ينفذ واحدا منها عليه ان يصوم ثلاثة ايام ، كما جاء في قوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدت الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم) (٢)

اهمية التقسيم : تبدو اهميته في ان المدين في الواجب المعين لا تبرأ ذمته الا بادائه بعينه مالم يكن هناك نص او اتفاق علي خلاف ذلك ، بخلاف الواجب المخير فان المكلف تبرأ ذمته باداء واحد من الامور التي خير فيها ، ثم من ثبت له التخيير في حقين فان اختار احدهما سقط الاخر وان أسقط احدهما ثبت الاخر اضافة الى ذلك فان التخيير انما يكون بين المتجانسين في الحكم .

## ج- باعتبار المطالب بادائه عيني وكفائي :

١- الواجب العيني : هو التصرف المطلوب من شخص المكلف ذاته كالصلاة والصيام في الشريعة الاسلامية ويقابله الواجب العيني القانوني كالخدمة العسكرية الالزامية واداء الموظفين لوظائفهم الادارية ، وكذلك الاداء الذي تكون شخصية المدين فيه محل اعتبار من الالتزامات المالية اذا رفض الدائن الوفاء به من غير المدين (٣) .

١. وفي القانون يطلق عليه (الالتزام التخيري) كما في المواد (٢٩٨-٣٠٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٦ أو مصطلح (التخيير في المحل) كما في المواد (٤٠٧ - ٤١٠) من القانون المدني الاردني رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٦ .
٢. سورة المائدة / ٨٩ ، ومن القواعد الفقهية العامة : ما يجوز فيه التخيير لا يجوز فيه التبويض الا ان يكون الحق لعين ورضي به ، ففي كفارة اليمين لا يجوز لمن حنت ان يطعم خمسة ويكسو خمسة ، وفي كفارة الظهار لا يجوز ان يصوم ثلاثين يوما ويطعم ثلاثين مسكينا .
٣. تنص المادة (١/٣٥٦) من القانون المدني الاردني : "(اذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته أو نصّ الاتفاق على ان يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره) ."

## ٢- الواجب الكفائي : هو ما طلب حصوله وإداؤه من مجموع المكلفين لا على سبيل التعيين

بحيث اذا قام بادائه بعضهم بقدر الكفاية يسقط التكليف عن الكل وارتفع الاثم عن الجميع واذا لم يقم به احد او قام به البعض ولكن لم يكن القيام بقدر الكفاية وسد الحاجة اثم الجميع وعم الحرج وتعرض الكل للمسؤولية كتعليم وتعلم المهن والحرف التي يحتاج اليها الفرد والمجتمع، وكالجهاد والدفاع في حالة العدوان..، وكبناء المرافق والمؤسسات الثقافية والصحية والاجتماعية .. وكالامر بالمعروف والنهي عن المنكر .. وكنقل جثمان المتوفى الى مثواه الاخير ، وممارسة مهنة القضاء ونحو ذلك مما يحتاج اليه المجتمع في كل زمان ومكان .

وقد يتحول الواجب الكفائي الى الواجب العيني كما اذا لم يوجد في البلد الا طبيب واحد ولا يوجد في المدينة او المنطقة من تتوافر فيه شروط القضاء الا شخص واحد ، وكاداء الشهادة ممن لا يوجد غيره ، وكمن يُجيد السباحة ويرى امامه من على وشك الغرق ، ونحو ذلك .

ومن تطبيقات ذلك في القانون المدني حالة التضامن بين المدينين (١) ، فاذا أعسر كل المدينين المتضامنين الا واحداً منهم تعيّن عليه الوفاء بالدين كله للدائن ، واصبح وفاؤه واجباً عينياً ، حين مطالبة الدائن بالوفاء، بعد ان كان واجباً كفائياً . وكذلك يتعيّن على أحد المدينين المتضامنين الوفاء بالدين كله قبل باقي المدينين متى كان هو وحده صاحب المصلحة بالدين (٢) .

**اهمية التقسيم :** تظهر اهمية التقسيم مما ذكرنا في ان الواجب العيني لا يقبل النيابة الا في حالات نص عليها الشارع بخلاف الكفائي فلا يطلب من شخص معين او اشخاص معينين ، ويتعير اخر في الواجب العيني شخص المكلف مأخوذ بنظر الاعتبار اما في الواجب الكفائي فلا ينظر الى الشخص وانما الى العمل فالهمم فيه هو اداء العمل ايأ كان المؤدى .

١. جاء في القانون المدني الاردني :- لا يكون التضامن بين المدينين الا باتفاق او بنص في القانون (م ٤٢٦) . (و) اذا اوفى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه يرى الآخرون (م ٤٢٧) ، (و) لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين حق الرجوع على اي من الباقيين بقدر حصته ، فان كان احدهم معسراً تحمّل مع الموسرين من المدينين المتضامنين تبعه هذا الاعسار دون إخلال بحقهم في الرجوع على المعسر عند يسرته (م ٤٣٩) .  
٢. راجع (م ٤٤٠) من القانون المدني الاردني .

## د- باعتبار وقت الاداء مطلق ومقيد :

١- الواجب المطلق عن التوقيت هو الذي لم يعين له وقت محدد لادائه مثل كفارة اليمين والوفاء بالنذر وأداء دين مؤجل الى اجل غير مسمى ..

٢- الواجب الموقت هو ما طلب فعله في وقت محدد له كاقامة الصلاة الواجبة واداء الصوم الفرض (صوم رمضان) ، فالقيام بهذا الواجب في وقته اداء ، وبعده قضاء ، وتكراره في نفس الوقت إعادة ، ويقابله الواجب الموقت القانوني كعمل الموظف والعامل في الساعات المحددة لعمله ، وكحضور الطلبة في اوقات المحاضرات .. (١)

**اهمية التقسيم :** تكون الاهمية في ان الواجب الموقت يجب اداؤه في الوقت المحدد له فأداؤه خارج هذا الوقت بدون عذر مشروع يترتب عليه الاثم والمسؤولية الدينية والدنيوية بخلاف الواجب المطلق فانه يكفي اداؤه في اي وقت خلال فترة العمر لكن من المفضل الاسراع في ادائه وافراغ الذمة من المسؤولية القائمة .

## الاداء والقضاء في المعاملات المالية :-

الاداء تسليم نفس الواجب ، اي عينه الى مستحقه (٢) لقوله تعالى (أَنْ اللّٰهُ يَأْمُرَكُمْ أَنْ تُوَدُّواْ الْاِمَانَاتِ إِلَىٰ اِهْلِهَا) (٣) ، يعني انّ الاداء تسليم عين موضوع الالتزام كما هو مطلوب شرعاً ، كتسليم عين المبيع الى المشتري .

وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ذاتها ، ورد عين المفصوب الى المفصوب منه ، ورد عين المسروق الى المسروق منه ، واعادة العين المعارة او المستأجرة او المودعة الى صاحبها الشرعي بعد انتهاء مدة العقد ، وهكذا في كل حيازة وقتية يلتزم الحائز الوقتي او الحائز حيازة غير مشروعة بإعادة عين المال المحاز الى المحاز عليه ، فاذا تأخر عن الاداء والرد بدون عذر وتلف المال او حصل فيه عيب أو نقص يكون ضامناً لان يده بمثابة يد الغاصب .

١ . كل تصرف عبادة او معاملة كانت المدة ركناً او شرطاً فيه لا يكون الا موقتما كالصلوات الخمس في العبادات ،

والاجارة والاعارة والمساقات ، والمزارعة في المعاملات المالية .

٢ . التوضيح على التنقيح ٢ / ٨٧ ، اصول الشاشي ص ٤٢ وما بعدها .

٣ . سورة النساء / ٥٨ .

## الإداء الكامل والإداء القاصر (١) :

الإداء الكامل (أو المحض) : هو رد عين موضوع الالتزام بنفس ما استلم أو حاز بدون عيب أو نقص ومن غير ترتيب حق عليه للغير كالرهن ونحوه ... وتسليم عين المبيع إلى المشتري وفق المواصفات والشروط المتفق عليها والتي اقتضاها العقد (٢) .

الإداء القاصر : هو رد عين موضوع الالتزام بعيب أو نقص (٣) أو ترتيب حق عليه للغير ، ففي هذه الحالات يتحمل المدين مسؤولية القصور .

## القضاء :

هو رد أو تسليم مثل الواجب وهو كامل وقاصر :

أ- القضاء الكامل (أو القضاء بمثل معقول) : هو رد أو تسليم المثل صورة ومعنى في حالة عدم إمكان رد الاصل لتلفه أو لأي سبب آخر ، فمن غصب مالا أو سرقه أو استأجره أو استعاره وانتهت مدة الاجارة والاعارة ودخل في ضمانه فلم يستطع رده لتلف أو غيره ، وكان مثليا فعليه رد مثله ان وجد (٤) ولا يجوز العدول إلى القيمة ما دام رد المثل ممكناً (٥) .

١. في التقرير والتحرير على التحرير (٢ / ١٢٧) : (قسم الحنفية الأداء في المعاملات كما في العبادات إلى كامل وناقص ، والأداء الكامل رد عين المغصوب سالماً على الوجه الذي غصبه فهو كامل لكونه على الوجه الذي وجب، والأداء الناقص : هو رده مشغولاً بحق الغير أو بعيب) مع التصرف بالعبارة ، وفي اصول البرزوي مع الكشف (١ / ١٥٣) الأداء المحض هو تسليم عين المغصوب إلى المغصوب منه على الوجه الذي غصبه ، وتسليم عين المبيع إلى المشتري على الوجه الذي اقتضاه العقد ...

٢. اصول السرخسي ١ / ٦٥٣ .

٣. جاء في القانون المدني الأردني :- يترتب على فسخ العقد للعيب رد محله إلى صاحبه واسترداد ما دفع (م ١٩٦) . (و) لصاحب خيار العيب أيضاً إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن (م ١٩٨) .

٤. في اصول السرخسي (١ / ١٣٤) : (من غصب شيئاً لزمه تسليم عينه ورده فيصير به مؤدياً ، وإن هلك لزمه ضمانه فيصير به قاضياً) . وجاء في (م ٢٧٥) من القانون المدني الأردني :- (من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً ...)

٥. المال باعتبار تماثل أجزائه وعدم التماثل اما مثلي او قيمي :  
المثلي : هو ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به في القيمة ويقوم بعضه مقام بعض في الوفاء وتوجد له نظائر في الأسواق ، فالبدل يكون كالأصل من حيث الصورة وهو واضح ومن حيث المعنى (القيمة) .

القيمي : ما تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به او لم تتفاوت ولكن انعدمت نظائره في الأسواق ومن الأموال القيمية العقارات والحيوانات والعديدات المتفاوتة تفاوتاً لا يفتقر سواء كان في الحجم ام في النوع (الصنف) ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء

ثمرة التقسيم : تظهر ثمرة التقسيم من أوجه كثيرة أهمها ما يلي :  
أ- المثلي يستقر ديناً في ذمة المدين إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي  
ب- ضمان المثلي عند التلف يكون بمثله بخلاف القيمي فالضمان يكون بقيمته .  
ج- إذا هلك موضوع الالتزام (محل الأداء) وكان مثلياً لا ينقضي الالتزام حيث لا يصبح التنفيذ مستحيلًا بل يحل محله في الوفاء مثله ، بخلاف القيمي .  
د- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إلا بعد الإفراز بخلاف القيمي .

**القضاء القاصر (او القضاء بمثل غير معقول) :** وهو رد بدل الشيء المتلف بما هو مثله  
معنى (قيمة) لا صورة ويكون هذا في حالتين (١) :

احدهما : كون المتلف قيما لا مثل له كالحيوانات والعقارات ..  
والثانية : كون المتلف مثلا ولكن كان مفقوداً في ايدي الناس وفي الاسواق .

ومن الواضح ان الاصل في الضمان ان يكون البديل مثل الاصل صورة ومعنى وهو القضاء  
الكامل لانه بمثل معقول ، و اذا لم يتيسر ذلك لكون المتلف قيما او لعدم توافر مثله في الاسواق وفي  
ايدي الناس يصار الى القضاء القاصر اي المثل معنى (قيمة) لا صورة .

وبناء على ذلك لا يصار الى المثل معنى (قيمة) الا عند العجز عن رد المثل صورة ومعنى . (٢)  
فلو اراد المدين الملتزم رد المثل صورة ومعنى وكانت العين باقية في يده ، او اراد رد المثل معنى  
بدلا من المثل صورة ومعنى مما كان متيسراً في الاسواق او في ايدي الناس يحق للدائن الملتزم له ان  
يتمتع عن قبوله .

**وقت التقويم وتقدير قيمة المثل :** اذا كان المتلف مثليا ولكن فقد مثله هل العبرة في تقويمه  
وتقدير قيمته بتاريخ الحيازة غير المشروعة كأول يوم الغصب او السرقة ، او بيوم انقطاع مثله في  
الاسواق ، او بيوم الخصومة امام القضاء ؟ فيه الخلاف الاتي :

١- قال ابو حنيفة (رض) (٣) : تعتبر قيمة يوم الخصومة لان المثل قائم بالذمة حكما ويتصور  
حصوله الى وقت الخصومة ولا يثبت عجز المدين عن رد المثل صورة ومعنى الا في حالة  
انقطاع المثل وقت قضاء القاضي .

١ . اصول البزدوي مع الكشف ١ / ١٦٧ .

٢ . في المرجع السابق (١/١٦٨) : (فالقيمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والعدي التقارب اذا انقطع مثله عن ايدي  
الناس بان لا يوجد في الاسواق وفيما لا مثل له كالحيوان والنبات والعدييات المتفاوتة فان الواجب فيها المثل  
معنى وهو القيمة عند تعذر رد العين) .

٣ . في اصول الشاشي (ص٤٧) : قال ابو حنيفة : اذا غصب مثليا فهلك في يده وانقطع ذلك ، عن ايدي الناس  
ضمن قيمته يوم الخصومة لان العجز عن تسليم المثل الكامل انما يظهر عند الخصومة فاما قبلها فلا لتصور  
حصول المثل من كل وجه فاما ما لا مثل له لا صورة ولا معنى لا يمكن ايجاب القضاء فيه ، ولهذا المعنى قلنا :  
المنافع لا تضمن بالاتلاف لان ايجاب الضمان بالمثل متعذر وايجاب العين كذلك لان العين لا يماثل المنفعة لا  
صورة ولا معنى



ب- وقال ابو يوسف (رح) : العبرة في تقدير القيمة بوقت الغصب لانه بانقطاع المثل في الاسواق يتحقق فواته وفوات المثل ليس موجبا للضمان ، وانما الموجب اصل الغصب فتعتبر قيمته وقت الغصب لان القيمة خلف (بدل) عن رد العين ولهذا كان قضاءً ، والخلف انما يكون واجبا بالسبب الذي به كان الاصل واجباً ، وفيما ليس له صورة تجب قيمته وقت الغصب (او الحيازة غير المشروعة) ويكون ذلك قضاءً بالمثل معنىً لما تعذر اعتبار المثل صورة . وبهذا الرأي أخذ المشرع الاردني في الفقرة (٣) من المادة (٢٧٩) من القانون المدني الاردني (١) .

ج- وقال محمد بن الحسن (رح) : العبرة في تقدير القيمة بوقت انقطاع مثله في ايدي الناس وفي الاسواق ، اي في آخر وقت وجوده لانّ الضرورة انما تتحقق عند انقطاعه في ايدي الناس ، وانما يصار الى القيمة للعجز عنه المثل صورة ومعنى ، والعجز يتحقق بالانقطاع فيعتبر يومه (٢) .

واقفه الاراء ، بظننا ، هو رأي الامام ابي حنيفة (رض) لقوة سنده اذا كانت الحيازة قبل التلف مشروعة ، اما اذا كانت غير مشروعة فالراجع هو رأي بعض الفقهاء (كالشافعية) وهو ضمان اقصى القيمة من يوم الحيازة الى يوم الخصومة .

---

١. ونصها :- (فإن استهلكه أو أطفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب) .

٢. اقتصرنا في استعراض الاراء الخلافية على فقهاء الحنفية لانّ هذه المصطلحات (الاداء الكامل والقاصر ، والقضاء الكامل والقاصر) من بنان افكارهم بالنسبة الى تطبيقاتها في المعاملات المالية ، لمزيد من التفصيل راجع اصول السرخسي ١ / ٥٦ وما بعدها ، التقرير والتحبير على التحرير ٢ / ١٢٩ ، شرح المنار وحواشيه ص ١٨٥ ، اصول البرزدي مع كشف الاسرار ١ / ١٦٧ وما بعدها ، شرح المنار لابن ملك ص ١٧٥ وما بعدها .

# الفصل الثاني

## الحكم الشرعي الوضعي

### الحكم الشرعي الوضعي :

هو خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين وبالوقائع الشرعية (١) على وجه الوضع (٢) اي جعل شيء سببا لشيء آخر، او شرطا له ، او مانعا منه وبذلك يكون انواعه ثلاثة : السبب ، والشرط ، والمانع ، ومن الاصوليين (٣) من ادرج في الحكم الوضعي : العزيمة ، والرخصة ، والصحة ، والبطلان (او الفساد) .

وقد اخترنا التقسيم الثلاثي لان كلا من العزيمة والرخصة عالجانهاما بالقدر الكافي في موضوع الاستحسان فلا داعي للتكرار، ونرى ان المحل الملائم لبحث الصحة والبطلان والفساد هو موضوع النهي عن تصرفات الانسان كما يأتي باذن الله، وفي هذا الفصل خصصنا لكل نوع من الانواع الثلاثة للحكم الوضعي مبحثا مستقلا لزيادة الفائدة .

## المبحث الاول

### السبب

**السبب في اللغة :** ما يمكن التوصل به الى مقصود ومنه سمي الطريق سببا ، وفي اصطلاح الاصوليين : وصف ظاهر منضبط (٤) يرتب الشارع عليه حكما يتحقق بتحقيقه وينتفي بانتفائه . (٥)

١. اضفنا الوقائع الى الافعال لان الاسباب والشروط والموانع كما تكون افعالا وتصرفات قولية وفعلية كذلك تكون وقائع شرعية غير خاضعة لارادة الانسان .
٢. معنى الوضع ان الشارع وضع ، اي شرع امورا سميت اسبابا وشروطا وموانع فالاحكام توجد بوجود الاسباب والشروط وتنفي بوجود المانع وانتفاء الاسباب والشروط ، انظر شرح الكوكب المنير ص ١٣٤ .
٣. كصاحب جمع الجوامع ١ / ٩٤ وما بعدها وكالشاطبي في الموافقات ١ / ١٨٧ وفيه «القسم الثاني من قسمي الاحكام يرجع الى خطاب الوضع وهو ينحصر في الاسباب والشروط والموانع والصحة والبطلان والعزائم والرخص فهذه خمسة انواع» .
٤. اي لا يختلف باختلاف الاشخاص ، والزمان والمكان .
٥. في جمع الجوامع وشرحه ( ١ / ٩٢ ) : (السبب ما يضاف اليه الحكم لتعلقه به من حيث انه معرف له ودليل على وجوده ، او مؤثر فيه بذاته او باذن الله ، او باعث عليه على الخلافات الموجودة في تفسيره) . وفي مختصر المنتهى وشرحه (٧/٢) : (الاحكام الثابتة بخطاب الوضع اصناف منها : الحكم على الوصف بالسببية وهو جعل وصف ظاهر منضبط مناطا لوجود الحكم) .

## دور ارادة الانسان في السبب اما ارادي

### أو لا ارادي :

١- السبب الارادي : هو الذي يكون من مقدور الانسان ويكون خاضعا لارادته ان شاء فعله وان شاء تركه ، فهو عبارة عن تصرفاته القولية (العقد والارادة المنفردة) ، والفعلية (المشروعة وغير المشروعة) ، فالعقود والتصرفات القولية الانفرادية وجميع اعماله المشروعة التي قصد بها احداث اثر يعتد به الشرع ، وجميع اعماله غير المشروعة كالاتلاف ، والجرائم بكافة انواعها . جرائم الاشخاص والاموال والاخلاق وجرائم الامن والاستقرار ... كلها اسباب ارادية ، فالعقود والتصرفات الانفرادية اسباب لانتقال وكسب الاموال ، واتلافه سبب للتعويض وجرائمه اسباب للعقوبات ..

٢- السبب اللا ارادي (او الواقعة الشرعية - او القانونية) : هو الذي لا يخضع لارادة (١) الانسان لانه ليس من مقدوره او كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته ففي الحالتين لا دخل لارادته في تكوينه وحدوثه وهو ينشأ ويرتب الآثار رغم ارادته ، وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي لان الثاني لا يكون الا في الاسباب الارادية الصادرة من المكلف (البالغ العاقل العالم بالمكلف به والقادر عليه) .

ومن الاسباب اللاارادية (الوقائع) : حوادث الاصطدامات بين وسائل المواصلات وتحطم الطائرات في الجو ، وغرق السفن في البحار فهي اسباب تترتب عليها الالتزامات فهي قد تلزم الشركات والافراد او الدول بدفع التعويض للمتضرر نفسيا وجسديا وماديا بسبب حدوث هذه الوقائع ، ويعتبر من الاسباب اللاارادية كل تصرف يصدر عن الانسان عديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز ، فهذا التصرف مصدر للالتزام المدني بدفع التعويض لمن لحقه الضرر ، ولو لم يكن مصدرا للالتزام الجنائي والمسؤولية الجنائية وسبب وجوب التعويض في الشرع الاسلامي هو الضرر سواء وجد الخطأ او لم يوجد ، اذا ترتب الضرر على الفعل مباشرة .

وكذلك من الاسباب اللاارادية الاسباب الوقتية والزمنية بالنسبة للالتزامات الانسان تجاه ربه فدخل وقت الصلاة سبب لوجوبها (٢) والعلم (٣) بهلال شهر رمضان المبارك سبب لوجوب الصيام .

١. منشاء السبب اما انسان لم يرده سواء كان له الارادة ولم يستخدمها في حدوثه كحوادث المواصلات ، او لم

يكن له الارادة لعدم الادراك كتصرفات عديم الاهلية الضارة او ليس المنشئ هو الانسان وانما الطبيعة او

الحيوانات التي اتلفت مال الغير بتقصير من اصحابها .

٢. كما في قوله تعالى «أقم الصلاة لدلوك الشمس» سورة الاسراء / ٧٨ .

٣. كما في قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) سورة البقرة / ١٨٥ .

وشراح القانون كثيرا ما يخلطون بين التصرفات الفعلية للانسان وبين الوقائع القانونية حيث يجعلون الوقائع مصادر للالتزام الى جانب العقود والارادة المنفردة ويعدونها قسيمة لها حين تقسيم المصادر للحقوق والالتزامات الى التصرف القانوني ، والواقعة القانونية ، والقانون (١) وثمرة التقسيم ان السبب الجنائي الموجب للعقوبة ارادي دائما بخلاف السبب المدني الموجب للتعويض فانه يكون اراديا ولا اراديا .

## السبب والعلة :-

في الصلة بين السبب والعلة اراء مختلفة للاصوليين اهمها :

- أ- السبب والعلة مترادفان فكل منها امانة (دليل ظني) او علامة على وجود الحكم فالسفر سبب وعلة لباحة الفطر ، ودلوك الشمس سبب وعلة لوجوب الصلاة ، والعقد سبب وعلة لكسب الملكية ، والقتل سبب وعلة لوجوب العقوبة وهكذا (٢) .
- ب- العلة قسيم السبب فالحكم الوضعي اربعة اقسام السبب والعلة ، والشرط ، والمانع (٣) .
- ج- العلة اخص مطلقا والسبب اعم مطلقا فكل علة سبب وليس كل سبب علة لان الانسان اذا ادرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسببه كالقتل للقصاص ، والسرقعة للعقوبة ، والاتلاف للتعويض فانه علة كما انه سبب ، وان لم يدرك عقل الانسان الحكمة والربط والصلة بينه وبين مسببه فهو سبب فقط وليس بعلة كدلوك الشمس جعله الشارع سببا لوجوب صلاة الظهر والعقل قاصر عن ادراك الصلة بينهما ، وكذلك دخول شهر رمضان

١. وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ٣٠١ : مصادر الالتزام هي التشريع والتصريف القانوني والواقعة القانونية ، (م ٣٠٥) : التصريف القانوني اتجاه الارادة لاحداث اثر يعتد به القانون ، ويشمل التصريف القانوني العقد والارادة المنفردة . وهذا يعني ان جميع التصرفات الفعلية للانسان سواء كانت ارادية او لا ارادية داخلية ضمن الوقائع لتحديد التصرف بالعقد والارادة المنفردة .
  ٢. في كشف الاسرار اصول البيزودي (٤/١٢٩١) : (ان العلة اي الاسباب) الشرعية غير موجبة بانفسها وانما الموجب للاحكام هو الله ، والعقود داخلية في العلة الشرعية) .
  ٣. بقول الفتوحى (شرح الكوكب المنير ص ١٢٦) : (واقسام خطاب الوضع اربعة علة ، وسبب وشرط ومانع) وقالوا السبب : ما يوجد الحكم عنده لا به وهو الذي يضاف اليه الحكم كدلوك الشمس لوجوب الصلاة والسرقعة لوجوب القطع والعلة ما يوجد الحكم به كالكسر لانكسار واستعير السبب في عرف الفقهاء للمعاني الاتية :
    - ١- ما يقابل المباشر : كحفر بئر مع تردية فالحافر مسبب الهلاك والدافع هو المباشر والضمان عليه .
    - ٢- علة العلة : فالرمي سبب القتل وعلة الاصابة التي هي علة زهوق النفس (القتل) .
    - ٣- العلة الشرعية بدون شرطها كتصاب الزكاة بدون حولان الحول .
    - ٤- العلة الشرعية الكاملة (مقتضى الحكم + شرطه + انتفاء المانع + وجود المحل + الاهلية) .
- فحصول ملك المبيع حكم ، ومقتضيه حاجة الناس ، وشروطه معروفة في الفقه ، ومحل البيع ، والاهلية كون العاقد صحيح التصرف سمي هذا المجموع سببا استعارة لا علة لان عليتها ليس لذاتها بل بنصب الشارع لها علامة على الحكم بدليل وجودها دونه ، فالاسكار كان موجودا في الشرع بدون التحريم ولو كان علة لما تخلف الحكم .

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالآخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي ، والحكمة المتوخاة من تشريعه (٢) ، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان ، وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء وسبب وجوب الجلد هو الزنا ، وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب ، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعلته هي المحافظة على أموال الناس وهكذا (٣) . وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين (المعتزلة وغيرهم) :-

إن أحكام الله معللة بالأغراض . وقد عارضهم الآخرون (كالاشاعرة) فقالوا : بعدم صحة هذا الكلام لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام والأمر بتطبيقها لسد نقصه وحاجته . ولكن هذا الخلاف لفظي لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج لتشريع الأحكام وتطبيقها إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها (٤) .

١ . في تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلوي (ص ٢٥٦) : (وإن أدرك العقل تأثيره كما ذكرنا في القياس يخص باسم العلة فبعض ما يسمى هنا سبباً يسمى في باب القياس علة فالمراد بالسبب ما هو أعم من العلة).

٢ . قال الشاطبي (الموافقات ١/٢٥٦) : (أما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر والأباحة ، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي) .

٣ . والحاصل علة التحريم هي حماية مصلحة أو حق يراه الشارع جديراً بالحماية الجنائية السبب هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة أو الحق ، فعلة تجريم القتل هي حماية الحق في الحياة وعلة تجريم الجرح والضرب هي حماية الحق في سلامة الجسم . وعلة تجريم القبض على الأشخاص أو الحبس دون مبرر هي حماية الحق في الحرية وعلة تجريم الاغتصاب . أو هتك العرض هما حماية الشرف والأنساب وعلة تجريم السرقة هي حماية الملكية ، وعلة تجريم التزوير هي حماية الثقة العامة في الوثائق المحررات . وهكذا في أمثال هذه القضايا فاعلة في كل قضية شرعية أو قانونية هي المصلحة المتوخاة من تشريع حكمها والمعنية بالحماية من الشارع (أو المشرع) .

٤ . قال الشيخ العلامة أحمد بن قاسم العبادي في الآيات البيّنات على شرح جمع الجوامع (٤ / ٣٥) (والحاصل أن من فعل فعلاً لمصلحة ترجع إليه لا يسمى جواداً مطلقاً بل هو معتاض ، وأما من فعل فعلاً يرجع إلى الغير منه مصلحة ، ولا يرجع إليه منه مصلحة فهو الجواد المطلق لذاته ...) .

وجاء في تيسير التحرير ٣ / ٣٠٥ :- (والاقرب إلى التحقيق أنه ، أي الخلاف لفظي مبني على معنى الغرض، فمن فسره بالمنفعة العائدة إلى الفاعل قال لا تعلل ، ولا ينبغي أن ينازع في هذا ، ومن فسره بالعائدة إلى العباد قال تعلل ، وكذلك لا ينبغي أن ينازع فيه ...) .

وقد يكون منشأ خلط القائلين وحدة السبب والعلّة هو الخلط بين العلة بمفهوم الفلسفة اليونانية وبين العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية . (١)

### السبب المباشر والسبب غير المباشر :

من القواعد العامة : (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر) (٢) فإذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب فإن الحكم الذي يترتب عليه تقع مسؤوليته على فاعله المباشر دون المتسبب ، ويتفرع على هذه القاعدة احكام منها :

أ- من حفر بئراً في مكان غير مسموح به فالقلى فيها شخص مال غيره فالضمان يكون على الملقى دون الحافر .

ب- من دل سارقاً على مال الغير فسرقه يكون الضمان على السارق دون الدال ولكنه آثم . ويستثنى من عمومية هذه القاعدة احكام منها :

أ- اذا دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقها فالضمان على الوديع لتقصيره في الحفظ .

ب- اذا حكم القاضي ببناء على الشهادة القائمة بالمعتبرة ثم رجع الشهود عن شهادتهم أو بناءً على شهادة الزور وهو لا يعلم فضمان ما خسره المحكوم عليه يكون على الشهود المسببين دون القاضي لان عليه ان يحكم بالظاهر .

---

١ . العلة بالمعنى الفلسفي (او العلة العقلية) عند اليونان يراد بها الموجد والمؤثر والخالق فالموجد والخالق للاحكام الشرعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال سبحانه وتعالى (ان الحكم الا لله) . واما العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية التي استعملها السلف الصالحون (فقالوا : هل احكام الله وافعاله معطلة بالاغراض او لا) فهي بمعنى الغاية المتوخاة من تشريعها او النتيجة التي تتحقق بسبب تشريع الاحكام وتطبيقها وتنفيذها من جلب نفع دينوي او اخروي ، او درء ضرر دينوي او اخروي ، فهذه النتيجة بالنسبة الى الله تسمى الحكمة ، وبالنسبة الى النصوص تسمى المقصد ، وبالنسبة الى العبد تسمى الغاية (او الغرض) وبالنسبة الى تشريع الحكم تسمى العلة (الباعث) ، وبناء على ذلك اطلاق السبب على العلة او العلة على السبب اطلاق مجازي او مصطلح عرفي لعلماء الاصول او خلط بين السبب والعلّة .

٢ . القاعدة (٨٩) والمادة (٩٠) من مجلة الاحكام العدلية . والمادة (٢٥٨) من القانون المدني الاردني .

ج- اذا اكره على اتلاف مال أو نفس اكرهاً ملجئاً (١) ، أو كان يعتقد ان طاعة المكره واجبة عليه (٢) فالمسؤولية على المكره المتسبب دون الفاعل المباشر لانه بمثابة الة التنفيذ في مثل هذه الحالات .

د- اذا لم يمكن التنفيذ الا بتعاون المتسبب والمباشر معا تقع المسؤولية على كليهما بالسوية جنائية كانت ام مدنية كمن أمسك شخصاً فقتله آخر فالقصاص عليهما معاً .

### الخطأ والتسبب :

القاعدة في الفقه الاسلامي ان المباشر ضامن لكل ما يتلفه سواء توافر الخطأ أو لا ، فالمجنون ، والصبي غير المميز ، والناسي ، والخطيء ، والنائم ، والمغمى عليه ، وامثالهم مسؤولون مدنياً عن اتلافاتهم لمال الغير وهذا ما اخذ به المشرعان الاردني والعراقي (٣) .  
فالمسؤولية قائمة على اساس نظرية تحمل التبعة .

بخلاف المتسبب ففي ضمانته ومسؤوليته لا يوجد خلاف بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي (القانوني) فلا تقوم المسؤولية الا بعد توافر العناصر الثلاثة . الخطأ والضرر وعلاقة السببية (٤) :  
فمن ربط دابته وقطعت الحبل فدخلت مززعة فحدثت تلفاً لا يكون مالکها ضامناً اذا لم يكن مقصراً في الربط للقاعدة العامة (جناية العجماء جبار) (٥) .

١. نصت م (١/٢٦٣) من القانون المدني الاردني على :- (يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً، على أن الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجئ وحده) ، الاكراه الملجئ هو الذي يفسد الرضا ويعدم الاختيار .
٢. (ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او كان يعتقد انها واجبة واقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على اسباب معقولة وانه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر) (م ٢ / ٢٦٣) من القانون المدني الاردني .
٣. جاء في المادة (٢ / ٢٥٧) من القانون المدني الاردني : (فان كان بالمباشرة - اي الاضرار - لزم الضمان ولا شرط له ...) . والمادة (١٨٦ / ١) من القانون المدني العراقي : (اذا اتلف أحد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً اذا كان في احدائه هذا الضرر قد تعمد او تعدى) .  
وفي المادة (١ / ١٩١) منه : (اذا اتلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه لضمان من ماله). والمراد بالتعدى ارتكاب عمل غير مشروع محدث للضرر سواء ادرك الفاعل ام لا، وبناء على ذلك فلا ميرر لما اورده بعض شراح هذا القانون من وجود التعارض بين المادتين على اساس ان المشرع اخذ بالفقه الغربي في المادة (١٨٦) وبالفقه الاسلامي في المادة (١٩١) فاشتراط عنصر الخطأ في الاولى دون الثانية .
٤. جاء في المادة (٢ / ٢٥٧) من قانون مدني اردني :- (... واذا وقع - اي الاضرار - بالتسبب فيشترط التعدي او التعمد أو ان يكون الفعل مفضياً الى الضرر) .
- ٥ . القاعدة (٩٣) المادة (٩٤) المجلة .

## المبحث الثاني الشرط

الشرط في اللغة : العلامة ، ومنه قوله تعالى (فهل ينظرون إلا الساعة ان تأتيهم بغتة فقد جاء اشراطها) (١) أي علاماتها .

وفي الاصطلاح الشرعي (او القانوني) ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون ان يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ، كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور اكمال الزواج لكن يلزم من عدمه صحته عند جمهور الفقهاء (٢) .

### انواع الشرط :

ينقسم الشرط باعتبارات مختلفة الى انواع متعددة اهمها ما يلي :

اولا : باعتبار مصدره شرعي او عقلي او عادي او قانوني او جعلي .

١- الشرط الشرعي (٣) هو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضروريا لانعقاد التصرف أو لصحته أو لنفازه أو لزومه .

١- في العبادات النية شرط لانعقادها ، والوضوء شرط لصحة الصلاة .

ب- في المعاملات المالية : التمييز شرط لانعقادها ، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته ، والاهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات ، والولاية على التصرف أو على محله شرط لنفازه ، وخلو التصرف مما يبرر فسخه شرط لزومه :

ج- في عقد الزواج فهم كل من المتعاقدين وموافقة الايجاب للقبول شرط لانعقاده وحضور الشاهدين شرط لصحته ، والولاية على انشائه شرط لنفازه (٤) ، والكفاءة شرط للزومه ... وهكذا .

١ . سورة محمد / ١٨ .

٢ . عند الشيعة الامامية ليس شرطا .

٣ . في مختصر المنتهي (٧/٢) (الحكم على الوصف بكونه شرطا للحكم وحقيقته ان عدمه مستلزم لعدم الحكم) .  
في الاحكام للامدي (١٠٠/١) : (الشرط ما كان عدمه مخرلا بحكمة السبب) وفي تسهيل الوصول (ص٢٥٥) :

٤ . اي عند بعض الفقهاء منهم محمد الشيباني من فقهاء ابي حنيفة ، في الهداية بشرح فتح القدير (٢٥٦/٣) ، وعند محمد ينعقد وقفا ، اي موقوفا على اجازة الولي اذا تولته البالغة العاقلة بدون انذنه .



٢- الشرط العقلي : هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم فالعقل يقضي بان الكائنات غير الحية لا علم لها لان الحياة من شروطه ولكن لا يلزم من وجودها وجوده .  
وكالماء والهواء فانهما من شروط الحياة واستمراريتها عقلا .

٣- الشرط العادي : هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة كمنصب السلم لصعود السطح .

٤- الشرط القانوني : هو الذي يكون مصدره القانون ومن الشروط القانونية : شروط التعيين في وظائف الدولة ، وشروط القبول في الكليات ، وشروط القبول في المعهد القضائي ، وشرط المقابلة بالمثل في الميراث وتسليم المجرمين بين الدول .

٥- الشرط الجعلي : ( او الشرط اللغوي) : وهو الشرط الذي يكون مصدره ارادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدرها باداة من ادوات الشرط مثل ( ان ، اذا) وهو لا يتعلق الا بالامور المستقبلية اما الماضية فلا دخل له فيها . وبموجبه يتحدد اثار العقد كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع او بشرط تقسيط الثمن او بشرط ان تكون نفقات الشحن او النقل على احد الطرفين الذي يحدد في العقد ، وكشرط التوصيل من قبل الشركات لمدة محدودة اذا عطل الجهاز بدون تقصير المشتري وغير ذلك من عشرات الشروط التجارية السائدة .

ومن الجدير بالذكر ان الشرط الجعلي ( او اللغوي) بمثابة السبب لانه يلزم من وجوده وجود المشروط ومن عدمه العدم وهذا هو شأن السبب وطبيعته بخلاف الشرط غير الجعلي حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط .

### الفرق بين تعليق العقد على الشرط الجعلي وبين اقترانه به :

١- الشرط المعلق عليه العقد : هو الشرط الذي يتوقف عليه مصير اصل العقد ذاته بقاء وانقضاء كالعقد على شرط فاسخ أو شرط واقف (١) .

١ . الشرط الجعلي المعلق عليه هو الامر المستقبل غير المحقق الوقوع الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام او زواله ، ولا يعتبر الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن او على شرط مخالف للاداب او النظام العام ، وهذا اذا كان الشرط واقفا ، اما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم ولكن الالتزام يبقى قائما الا اذا كان الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد ، والشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث اذا تحقق وجد الالتزام واذا تخلف لم يوجد ، كان يعلق الوالد هبته لاحد اولاده على نجاحه في الامتحان الدراسي ، فاذا نجح تم التزام الاب والا فلا ، ويعكس ذلك الشرط الفاسخ هو الذي ترتب عليه زوال الالتزام القائم .  
راجع المواد (٣٩٣ - ٤٠١) من القانون المدني الاردني .

١- العقد المعلق على شرط فاسخ منعقد ونافذ ينشئ اثارا كاملة منذ انعقاده ولكنه غير لازم (عرضة للفسخ) فاذا فسخ زالت اثاره بالاثر الرجعي ما لم يكن هناك ما يدل على خلاف ذلك كمن وهب داره (١) لارملة اخيه المتوفى على ان لا تتزوج وتبقى متفرغة لشؤون اولاد اخيه وتربيتهم ، فاذا تزوجت تنفسخ الهبة تلقائيا لكن لا بالاثر الرجعي لان طبيعة العقد لا تقبل ذلك. اذن الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال العقد فالمعلق على شرط فاسخ ينتقل الى الخلف سواء كان عاما ام خاصا مع الاحتفاظ بصفة عدم اللزوم . واذا لم يتحقق الشرط استمر العقد والتصرف والالتزام .

٢- الشرط الواقف هو الذي يتوقف عليه نفاذ العقد (ترتب الاثار عليه) ، فهو اما ان يتحقق او لا يتحقق فاذا تحقق فهناك رأيان، احدهما: يعتبر العقد نافذا من تاريخ انشائه لا من وقت تحقق الشرط عملا بفكرة الاثر الرجعي. والثاني: يذهب الى ان الاثار تترتب على سببها (التصرف) من تاريخ تحقق الشرط لان السبب ينعقد مرتباً لآثاره من وقت اكتماله ، وهو وقت تحقق الشرط الواقف. واذا تخلف الشرط مات العقد الموقوف بدون ان يترك اي اثر كمن وهب سيارته على ان يتم نقله الى بلد اخر (بان يكون النقل مقترحا وكان تحت الاجراءات الشكلية) فاذا نقل فالعقد يتحول من كونه موقوفا الى عقد بسيط وتترتب عليه اثاره منذ وقت الانشاء، او من وقت تحقق الشرط ، على الخلاف المذكور ، واذا لم يتم يعتبر كأنه لم يكن اصلا (٢) . وهذا الموضوع يبحث تحت عنوان:

### هل السبب المعلق بالشرط سبب في الحال او بعد وجود الشرط ؟ :-

هذه المسئلة من المسائل الاصولية الخلافية : فقال البعض سبب في الحال اي قبل تحقق الشرط الا أن عدم الشرط مانع من ترتب الحكم عليه .

١. او اوصى بها خلافا للظاهرية بناء على اصلهم : «كل شرط ليس في كتاب الله او لم يكن مجمعا عليه فهو باطل، يقول ابن حزم : المحلى ٢٤٢/٩ : ومن اوصى لام ولده ما لم تنكح فهو باطل الا ان يكون يوقف عليها وقفا من عقاره فان نكحت فلا حق لها فيه ، لكن يعود الوقف الى وجه اخر من وجوه البر» .  
٢. وكذلك الالتزام او التصرف الانفرادي اذا كان وجوده متوقفا على شرط بحيث اذا تحقق الشرط وجد الالتزام والالم يوجد سمي شرطا واقفا لانه يتوقف عليه وجود الالتزام .

ومن رأى ان الشرط جزء مكمل للعقد (او التصرف) والسبب هو العقد (او التصرف) مع الشرط اي مجموعهما فان ان وجود العقد (او التصرف) يتوقف على تحقق الشرط لان الكل يتوقف وجوده على توافر جميع اجزائه فتنفذ اثاره من تاريخ تحقق الشرط . وليس من تاريخ التطبيق ، فلا مكان ههنا للقول برجعية الاثر . وبهذا أخذ المشرع الاردني ، جاء في المادة (٢٩٥) :- (التصرف المعلق هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم او بواقعة مستقبلية ويتراخي اثره حتى يتحقق الشرط وعندئذ ينعقد سبباً مفضياً الى حكمه) . و (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) (م ٤٠٠) .

ومن رأى ان العقد (او التصرف) المعلق على الشرط الواقف سبب تام والشرط ليس جزءاً متمماً له بل عدم تحققه مانع من ترتب الاثار قال ان نفاذ العقد (او التصرف) يتوقف على تحقق الشرط . وهذا هو اتجاه اكثر التشريعات المدنية، ومنها المصري. فقد نصت المادة (١/٢٧٠) منه على : ( اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين ان من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط)، واوردت الحكم نفسه المادة (٢٩٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٧٠) من القانون المدني السوري.

وقال الآخرون : سبب عند وجود الشرط لا قبله لأنه إنما يكتسب صفة السببية عند وجود المعلق عليه، فعدم الحكم ليس مانع وإنما لعدم المقتضي، فالسبب المعلق بالشرط معدوم في الأصل ويستمر هذا الأصل، بمعنى يستصحب هذا الحكم إلى تحقق الشرط (١) .

**ب- الشرط المقترن بالعقد :** هو الذي لا يؤثر على أصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على آثاره الأصلية وإنما يؤثر على الآثار الفرعية ، كالشرط الجزائي وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه .

### الآثار الأصلية والآثار الفرعية :

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد كالآتي :

١- **حكم العقد :** عبارة عن آثاره الأصلية التي تترتب عليه فور انعقاده نافذاً وهي انتقال ملكية كل من العوضين (البديلين) من أحد العاقدين إلى المتعاقد الآخر ، فبمجرد تمام العقد (٢) (مثلاً) ينتقل الحق العيني في المبيع إلى المشتري ، والحق الشخصي في الثمن إلى البائع بمقتضى الشرع أراد المتعاقدان ذلك أم لا ولذا ليس لهما سلطة تقييد وتحديد هذه الآثار الأصلية بالشروط الجعلية غير أن العقود العينية كالهبة والقرض تنشئ الالتزام ولكن لا تنقل الملكية إلا بعد التسليم .

٢- **حقوق العقد :** عبارة عن آثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من العاقدين بتنفيذ التزامه (٣) فهذه الحقوق (الآثار الفرعية) تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجعلية كتحديد الطرف المسؤول عن نفقات الشحن أو النقل للمبيع مثلاً من البائع أو المشتري بالشرط الجعلي في العقد ، ومثل كيفية دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً جملة أو تقسيماً ، وكذلك تحديد وقت التسليم والتسليم للمبيع قبل دفع الثمن أو بعده ومكان التسليم ، وغير ذلك

---

١. جاء في أصول الشاشي الحنفي (ص٢٤) : قال أصحابنا المعلق بالشرط سبب عند وجود الشرط لا قبله ، وقال الشافعي المعلق سبب في الحال إلا أن عدم الشرط مانع من الحكم ، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا قال لاجنبية (امرأة ليست زوجة له) أن تزوجتك فانت طالق يكون التعليق باطلاً عنده لأن حكم التعليق انعقاد صدور الكلام علة والطلاق (صيفته) لم ينعقد علة لعدم إضافته إلى المحل (الصالح للوقوع وهو الزوجة) فلا يصح التعليق وعندنا كان التعليق صحيحاً حتى لو تزوجها يقع الطلاق .

٢. نصت المادة (١٩٩ / ١) من القانون المدني الأردني على :- (يثبت حكم العقد في المعقود عليه ويبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر - ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٣. (أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما) (م١٩٩ / ٢ من قانون المدني الأردني) .

مما يتعلق بتنفيذ التزامات العقد فكل ذلك قابل لان يحدد ويقيّد بالشرط الجعلي المقترن بالعقد، والاثّر الذي يترتب على تخلف هذا الشرط هو جواز مطالبة الدائن (في العقود الملزمة للجانبين) بتنفيذ العقد جبراً على المدين او بفسخه والا كان لمن تم الشرط لمصلحته حق التعويض اذا كان هناك ضرر (١) .

### العقود التي تقبل التعليق على الشرط :

ليس كل عقد قابلاً لتعليقه على الشرط الجعلي بل العقود والتصرفات بالنسبة الى هذا النوع من الشرط تنقسم الى ثلاثة اقسام .

- ١- عقود تقبل التعليق على اي شرط جعلي وهي العقود غير اللازمة والتي لا يترتب عليها غرر ، وليس في تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين اذا علقت على امر مستقبل ومن هذا النوع من العقود الوكالة والإعارة والوصية وعقد الرهن بالنسبة للمرتهن ، وعقد القراض (المضاربة) .
- ٢- عقود لا تقبل التعليق على الشرط الجعلي (٢) وهي عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والعقود غير المالية كالزواج (٣) وتستثنى من ذلك صور منها قول البائع بعتك ان شئت ، وقوله ان كان هذا المال ملكي فقد بعتك وكان مالكا في نفس الامر .
- ٣- عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملائم كعقد الكفالة بان يقول الكفيل للدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه فانا كفيل بتنفيذه ، وكالحوالة كان يقول المحيل للمحال اذا قبل فلان فقد احلتك عليه .

- 
١. وبهذا أخذت المادة (٢٤٦ / ١) مدني اردني ، فنصت على (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الاخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه) (ويجوز للمحكمة ... ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضي) (م ٢٤٦ / ٢) .
  ٢. واذا علقت قد تحمل على الوعد بالتعاقد .
  ٣. الاصل في العقود المذكورة ان توجد باثّارها بمجرد انعقادها ، فتعليقها على امر مستقبلي غير محقق الوقوع يجعلها مترددة بين الوجود والعدم، وذلك لا يجوز لما فيه من معنى المقامرة والمخاطرة ، او الغرر . (انظر البحر الرائق ج٦ / ١٩٤ وما بعدها، مجمع الانهر ج٢ / ١١ وما بعدها) .
- وقد ذهب الامام ابن القيم في كتابه اعلام الموقعين ٣ / ٤٧٦ الى أنّ العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها جميعاً تقبل التعليق، لانه امر تدعو اليه الضرورة او الحاجة او المصلحة .

## مدى حرية الآراء في تقييد آثار العقد بالشروط الجعلية :

لفقهاء المسلمين ثلاثة اتجاهات :

١- الاتجاه الضيق وهو ما تزعمه فقهاء الظاهرية ومفاده ان الاصل في استحداث الشروط وتقييد العقود والتصرفات بها هو الحظر وعدم الجواز ما لم يرد به نص من الكتاب او السنة او الاجماع (١) لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد .

وهذا الاتجاه مرفوض في القرآن الكريم الذي نص على ان الله لا يفرض على الانسان حكما فيه ضيق وجرح كما في قوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢) والاستدلال بالحديث المذكور غير دقيق لان المراد : من عمل عملا مخالفاً للكتاب والسنة .

٢- الاتجاه الواسع وهو ما تبناه فقهاء الحنابلة ومضمونه : ان الاصل في العقود والمعاملات المالية والشروط المقترنة بها بارادة المتعاقد هو الاباحة لان تنظيم العلاقات المالية متروك للعقل السليم في ضوء القواعد والنظام العام والاداب العامة فلانسان ان ينشئ ويستحدث ما يشاء من العقود او الشروط ما لم تتعارض مع نص صريح في الكتاب او السنة وما لم يصطدم مع اجماع فقهاء الشريعة .

وهذا بخلاف العبادات فان الاصل فيها التعبد فلا مجال للعقول في اختراع التعبدات وما يتعلق بها من الشروط .

٣- الاتجاه المعتدل الذي اقره جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم الحنفية واخذت به التشريعات العراقية (٣) وهو عبارة عن التفصيل الآتي :

اولا : الشرط الصحيح يجوز اقترانه بالعقد ويلتزم المتعاقد بالوفاء به ويعتبر الشرط صحيحا في الصور الآتية :

١. لمزيد من التفصيل راجع الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري (٥/٥٩٨) وما بعدها ومما ورد في هذا المرجع ووجدنا من قال ببطان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد الا ما جاء بنص باجازته باسمه وفيه ايضا (فهذه الايات وهذا الخبر براهين قاطعة في ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الامر به او النص على اباحة عقده) .

٢. سورة الحج / ٧٨ .

٣. كالقانون المدني العراقي النافذ (١/١٣١م) : (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه ، او يكون جاريا به العرف والعادة) وقانون الاحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩ (١٣/٤٣) ف٣ - الشروط المشروعة تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الوفاء بها ف٤ - للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج .

١- اذا كان مؤكداً لمقتضى العقد كان يشترط البائع على المشتري الا يسلم اليه المبيع الا بعد قبض الثمن كاملاً او يشترط عليه في حالة كون الثمن مؤجلاً - ان يوثق الدين بكفالة او رهن ضماناً له .

ب- ان يلائم العقد كالشرط الذي اقره الشرع مثل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب ..  
ج- او تعارف عليه الناس كتعهد الشركات بتصليح المبيع خلال فترة زمنية او ان تكون نفقات الشحن او النقل على البائع او المشتري وفق الشرط المتفق عليه او غير ذلك من الشروط الواردة في الاعراف التجارية .  
د- او ورد به الشرع كما في خيار الشرط . (١)

ثانياً : الشرط الفاسد : وهو الشرط الذي لا يكون من الانواع الاربعة المذكورة ويحقق مصلحة مادية لاحد المتعاقدين على حساب الاخر كالعقد الربوي وكبيع الدار مع اشتراط بقاء البائع فيها مدة تضر بالمشتري دون مقابل ، فهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات لانه يحدث الخلل في التوازن الذي يجب ان يتحقق في التزامات الطرفين .  
ثالثاً : الشرط اللغو (او الباطل) وهو ما عدا الشرطين السابقين وسيان وجوده وعدمه كمن يبيع سيارته ويشترط على المشتري ان لا يستعمل لها الا البنزين المحسن .

### ثانياً : الشرط باعتبار التكميل اما مكمل للسبب او للمسبب (الحكم) :

١- الشرط المكمل للسبب وهو ان يتوقف ترتب الاثار على السبب على توفر شرط مكمل له كشرط القدرة على تسليم المبيع فان ترتب بعض الاثار الاصلية كانتقال ملكية المبيع الى المشتري يتوقف على أن يكون البائع قادراً فعلاً على تسليم المبيع في حينه ، وكشرط العمد العدوان للقتل الذي هو سبب القصاص لانه ان لم يكن عمداً كالقتل الخطأ او كان عمداً ولكن كان بحق كما في حالة الدفاع الشرعي فانه لا يوجب القصاص .  
٢- الشرط المكمل للمسبب (الحكم) : احياناً لا يكفي السبب وحده لترتب المسبب (الحكم) عليه بل يحتاج الى شرط يضاف الى المسبب حتى يتحقق مثل ذلك كل من الزواج والقرباة سبب الميراث ولكن يشترط في هذا الميراث ان يكون بعد وفاة المورث مع بقاء حياة الوارث فالميراث يترتب على القرباة بشرط وفاة المورث وحياة الوارث .

١. قال الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ : (اذا بايعت فقل لا خلافة) فلقنته اشتراط عدم الخداع ، سبل السلام ٤٦/٣ .

## الشرط والركن (١) :

الشرط والركن عنصران في تصرفات الانسان الارادية في العبادات والمعاملات والزواج واي تصرف آخر يصدر عن الانسان بقصد احدث اثر يعتد به الشرع (او القانون) وبناءً على ذلك يتفقان في ان صحة التصرفات تتوقف عليهما .

غير انهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في ان الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وماهيته كالايجاب والقبول في صيغ العقود .

بخلاف الشرط فانه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (او القانوني) للتصرف لكنه خارج عن حقيقته وماهيته كاهلية الاداء الكاملة شرط لصحة تبرعاته ، وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لصحته ، ووفاء المورث ، وحياة الوارث ، وصلة القرابة او الزوجية بينهما شروط للميراث .

ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على اساس ان المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء سواء كان جزءاً منه ام لا .

---

١ . اختلفوا في تفسير الركن والشرط فقال البعض هما بمعنى واحد أي ما لا بد منه ولكن الشرط اعم فكل ركن شرط دون العكس ، والرأي السائد انهما مختلفان فالشرط يكون قبل العمل والركن يكون اثناء العمل ، والركن جزء بخلاف الشرط .

## المبحث الثالث المانع

المانع في اللغة : العائق وما يكفك عن الشيء .

وفي اصطلاح الاصوليين : وصف ارادي (١) أو لا ارادي (٢) اذا اجتمع مع سبب الحكم ابطل مفعوله وجعله سبباً صورياً او منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً .

### انواع المانع

ينقسم المانع باعتبارات مختلفة الى انواع متعددة منها ما يلي :-

#### اولا : باعتبار متعلقه مانع السبب او مانع الحكم :

١- مانع الحكم : قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناء على قاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) (٣) اي اذا تعارض في شيء امران احدهما يقتضي اعتباره وترتب الاثر عليه ، والثاني يقتضي عدم ذلك يرجح المانع ويوقف العمل بالمقتضي (السبب) . ووجه تقديم المانع انه يتضمن حكمة لو لم يقدم على السبب لفاتت الحكمة (٤) . ومن تطبيقات هذه القاعدة :

١- اذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً من ميراثه .

ب- اذا قتل الوالد ولده تكون الابوة مانعة من القصاص لان الاب كان سبب وجود الولد فلا يكون الولد سبباً لاعدامه .

ج- اذا باع الراهن المال المرهون لا ينفذ البيع بحق الدائن المرتهن في الفقه الاسلامي ، مع ان كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه ولكن كون المرهون محبوساً عند الدائن المرتهن توثيقاً وضمناً لدينه يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه والا لزلت الحكمة من انشاء الرهن وعلى هذا الاساس يقدم المانع على المقتضي (٥) .

١ . كقتل الوارث لمورثه بارادته فانه مانع من ان يرث منه .

٢ . كالجنون فانه لا ارادي للانسان ويمنع صحة تصرفاته كما يمنع المسائلة عنه جنائياً اذا ارتكب المجنون جريمة .  
٣ . المجلة (٤٦م) .

٤ . في مختصر المنتهي وشرحه (٧/٢) : (من الاحكام الثابتة بكتاب الوضع الحكم على الوصف بكونه مانعاً وهو ينقسم الى مانع الحكم والسبب اما المانع للحكم فهو ما يستلزم حكمة تقتضي نقيض الحكم كالأبوة في القصاص فان كون الاب سبباً لوجود الابن يقتضي ان لا يصير الابن سبباً لعدمه واما المانع للسبب فهو ما يستلزم حكمة تخل بحكمة السبب كالدين في الزكاة فان حكمة السبب وهو الغنى مواساة للفقراء من فضل ماله ولم يدع الدين في المال فضلاً يواسي به) .

٥ . نص المشرع الاردني على هذه الاحكام في المادة (١٣٣٥) في الرهن التأميني بقوله :- (للاهن ان يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون ان يؤثر ذلك على حقوق المرتهن) ، وفي المادة (١٣٨٦) في الرهن الحيازي بقوله :- (١- لا يجوز للراهن ان يتصرف في المرهون حيازياً تصرفاً قابلاً للفسخ مثل البيع والاجارة والهبة الا يقبل المرتهن . ٢- فاذا كان التصرف بيعاً (وقبل المرتهن) فان حق المرتهن ينتقل الى ثمن المرهون) .



د - لو باع ناقص الاهلية ماله بدون اذن وليه يكون العقد موقوفا على اجازة الولي مع ان كونه مالكا للمبيع يقتضي نفاذ العقد ولكن كونه ناقص الاهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته لذا يقدم المانع على المقتضي (١) .

٢- مانع السبب : وهو الذي يكون مبطلا لاصل حقيقة السبب بحيث يجعله من الحقيقي الى الصوري فلا يبقى له تاثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم مثل ذلك الدين بالنسبة الى وجوب الزكاة في مال المدين فسبب وجوبها هو ملك النصاب (٢) وحكمة جعل هذا السبب موجبا لوجوب الزكاة : هي التكافل الاقتصادي ، والتضامن بين الغني والفقير وسد حاجة الفقير عن طريق مواساة المتمكن ماليا للفقراء والمساكين والمحتاجين من فضل ماله لكن اذا اصبح هذا الشخص مدينا بما يعدل ملك النصاب او اكثر يعتبر وجود النصاب سوريا فتسقط عنه مسؤولية الزكاة لان الشرع الاسلامي يبني الاحكام على الحقائق لا على الامور الصورية (٣) .

**ثانياً : باعتبار تأثيره على صفة العقد اما مانع من الانعقاد أو من الصحة او من النفاذ او من اللزوم (٤) .**

١- المانع من الانعقاد كالوقف فانه مانع من بيع الاموال الموقوفة الا في حالة الضرورة لان رقبة المال الموقوف ترجع ملكيتها الى الله فالوقوف عليه لا يملك الا المنفعة فهي ملكية ناقصة (٥) .

٢- المانع من الصحة كالربا فان الزيادة (الفائدة) مانعة من صحة العقد فينقذ البيع الربوي او القرض الربوي فاسدا عند الحنفية ، ويفيد الملك الخبيث بعد القبض ، فيجب اما فسخ العقد او ازالة سبب الفساد ، فاذا ازيل يتحول الى الصحيح دون الحاجة الى انشائه مرة اخرى ، وبهذا يختلف الفاسد عن العقد الباطل فانه لا يتحول الى الصحيح بازالة سبب البطلان بل لا بد من انشائه مرة اخرى .

١. واخذ المشرع الاردني بهذا الحكم في المادة (١١٨ / ٢) من القانون المدني الاردني .
٢. النصاب : هو المقدار المحدد بالشرع من المال الذي تجب فيه الزكاة فاذا بلغ هذا الحد تجب فيه وفيما دون ذلك لا تجب .
٣. واذا اعتبرنا تخلف الشرط مانعا فبالامكان تقسيمه الى اربعة اقسام اخرى :
  - ١- مانع الانعقاد : كعدم مطابقة الايجاب والقبول في العقد ويسمى مانع انعقاد السبب .
  - ٢- مانع الصحة : كعدم القدرة على تسليم المبيع ويسمى مانع تمام السبب .
  - ٣- مانع النفاذ : كعدم الولاية على التصرف لنقص الاهلية او عدم الولاية على المال ويسمى مانع الحكم .
  - ٤- مانع اللزوم : كخيار من خيارات العقد ويسمى مانع تمام الحكم .
٤. ومما تجدر الاشارة اليه ان تخلل المانع لا اثر له غالباً ، فالجنون بعد الرهن وقبل القبض لا يبطله ، وكذلك بعد الوصية عند الجمهور . ولكن قال البعض لو جن الموصي قبل موته بطلت الوصية وبه أخذ المشرع العراقي ، إن مات الموصي مجنوناً .
٥. في القانون المدني الاردني :- (الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً) (م ١٢٣٢) ، و (بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف ، ولا يُكَلِّم للغير) (م ١٢٤٣ / ١) .

٣- المانع من النفاذ كتعلق حق الغير بمحل العقد كما في عقد الفضولي فانه موقوف على اجازة المالك ، وكالوصية باكثر من ثلث التركة فانها موقوفة في الزيادة على اجازة الورثة بعد الوفاة وتبرعات المريض مرض الموت باكثر من ثلث التركة فانها كالوصية تتوقف الزيادة على اجازة الورثة ، وكنقص الاهلية فانه مانع من صحة تبرعات ناقص الاهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي فانها تتوقف في نفاذها على اجازة الولي .

٤- المانع من لزوم العقد كعيب من عيوب الارادة : (كالاكراه<sup>(١)</sup>) والغلط في وصف مرغوب فيه ، والتفريط مع الغبن الفاحش ، والاستغلال) فانه هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الاسلامي ويتفق معه الفقه الغربي حيث يعتبره قابلاً للإبطال ، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم . وعيوب الارادة عند المشرع العراقي مانعة من نفاذ العقد .

- هذه الموانع الاربعة هي نفس ما سماها علماء الاصول مانع انعقاد السبب ومانع تمام السبب ، ومانع ابتداء الحكم ومانع تمام الحكم .

### ثالثاً : المانع باعتباره عذراً اما مسقط للمسؤولية الجنائية او مخفف لها :

١- المانع المسقط للمسؤولية الجنائية يقوم على تخلف ركيزة من الركائز الاتية للمسؤولية الجنائية:  
١- كون الفعل جريمة حين الارتكاب : اما اذا كان الفعل مباحا لفاعله حين عمله لسبب من اسباب الاباحة كالدفاع الشرعي فان الاباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية . ومن الجدير بالذكر ان كل سبب من اسباب الاباحة يعتبر مانعا من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس اي ليس كل مانع من المسؤولية سببا للاباحة لان الفعل قد لا يفقد صفته الاجرامية رغم عدم مساعلة فاعله كالجرائم التي يرتكبها عديم التمييز لجنون او صغر او ما في حكمهما ..

ب- التمييز : فكل وصف يعدم تمييز الانسان يكون مانعا مسقطا للمسؤولية الجنائية كالجنون والصغر . اذ! كان الصغير دون سن التمييز ، وما في حكمهما من النوم والعتة ونحوهما لقول الرسول (ص) : (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ،

---

١. في الاكراه خلاف : فعند الحنفية العقد فاسد ، وعند المالكية العقد غير لازم ، وعند الشافعية والظاهرية باطل ، وعند الجعفرية وزفر من الحنفية موقوف ، وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني (م١٣٤) والمشرع الاردني في المادة (١٤١) مدني اردني .

وعن المجنون حتى يفيق (١) .

المجنون اذا ارتكب جريمة حال جنونه او ارتكبها حال الافاقة او الاهلية ثم جن جنونا مطبقا متصلا بالموت لا يسأل جنائيا (٢) لكن يسأل مدنيا عن التعويض (او الدية) لان التعويض مبني على اساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ المبني على الادراك ام لا ، وكذلك الصبي غير المميز والنائم الذي وقع على انسان من مرتفع فقتله ، والمعتهو عنها يكون في حكم المجنون وفي حكم المجنون من فقد تمييزه بمسكر مباح او كان غير عالم بأنه مسكر او اكره على تعاطيه او الجأته اليه ضرورة وفي غير هذه الحالات لا يعتبر المسكر مانعاً .

ج- الاختيار : فالاكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية عند بعض الفقهاء (٣) اذا كان ملجئاً اي معدماً للرضا والاختيار فانما يسأل المكره (بكسر الراء) لقول الرسول (ص) (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (٤) لأن المكره إكراهاً ملجئاً بمثابة آلة التنفيذ بيد المكره وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعاً وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الانسان بخطر لذا لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة الجأته اليها ضرورة وقاية نفسه وغيره او عرض ومال نفسه او غيره من خطر جسيم او محقق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى كالاجهاض لانقاذ حياة الام .

د- القصد الجنائي فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية اذا لم يكن خطأ جسيماً وذلك وفقاً لقوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به) (٥) . ولكن يسأل مدنيا فتجب عليه او على عاقلته الدية لقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله) (٦) ، فتحرير الرقبة او بدله عند عدم وجود الرقبة كفارة وحق الله (حق عام) ، والديه حق ورتة المجني عليه .

١. رواه احمد والاربعة الا الترمذي وصححه الحاكم ، سبل السلام ٣/٢٢٨ .

٢. الخرخشي على مختصر الخليل ٩/٨ : الام للشافعي ٢٤/٦ المبسوط للسرخي ١٨٥/٢٦ المغنى لابن قدامة ٣٤٦/٧ . شرائع الاسلام للمحقق الحلبي ٣/٢٧٥ الروض النضير ٤/٥٦٢ .

٣. وهم الحنفية : (المبسوط) للسرخسي ٧٢/٢٤ وما بعدها ، والزبيدي - البحر الزخار ٥/١٠٠ .

٤. رواه ابن ماجه (٤٥ ، ٢) ورواه الحاكم ١٩٨/٢ . قال امام الحرمين (البرهان ٢/١٢٢٢) : (في المكره على القتل ثلاثة مذاهب : احدها ان القصاص على المكره (بكسر الراء) والثاني ان القصاص على المكره (بفتح الراء) والثالث ان القصاص عليهما وهو مذهب زفر) .

٥. سورة الاحزاب / ٥

٦. سورة النساء / ٩٢ .

هـ- العلم بتحريم الفعل : والجهل به في حالة غياب العلم مانع من المسؤولية الجنائية اذا لم يكن عالماً حين ارتكاب الفعل بانه محرم لا يجوز فعله ، او واجب لا يجوز تركه ، ولم يكن باستطاعته ان يعلم ذلك فانه لا يسأل جنائياً لان جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية خلافاً للقانون لسببين احدهما انه تكليف بما لا يطاق وقد قال سبحانه وتعالى : (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) (١) ، وثانيهما ان الشريعة الاسلامية اول شريعة اتت بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وذلك في آيات كثيرة منها (وما كان ريبك مهلك القرى حتى يبعث في امها رسولا يتلو عليهم آياتنا) . (٢)

٢- المانع المخفف : والعذر قد لا يصل الى درجة ان يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية لان مرتكب العمل الاجرامي يتصف حالة وسطية بين عديم الاهلية فليس مثله حتى يسقط التكليف وبين كامل الاهلية وليس متمتعاً بأهلية كاملة (٣) حتى يسأل مسألة جنائية كاملة فهذه الحالة الوسطية تعتبر مخففة للعقوبة والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي وهناك اعدار قانونية وظروف قضائية تعتبر من الظروف المخففة ، فهي مانعة من مسألة المتهم مسألة كاملة ومعاقبته بالعقوبة التامة المقررة للجريمة المرتكبة في حالة طبيعية غير مقترنة بالاعدار والظروف المخففة (٤) .

ومن اهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة : الاهلية الناقصة ، وفي اكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالاحداث ، ومحكمة مختصة تسمى محكمة الاحداث (٥) .

١ . سورة البقرة / ٢٨٦ .

٢ . سورة القصص / ٥٩ .

٣ . ويسمى الصغير في هذه الفترة الصبي المميز وسن البلوغ عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى ، والاحتلام عادة لا يتأخر عن ذلك الا لعارض بدني غير ان ابا حنيفة (رح) خالف الجمهور وحدد سن الرشد (الاهلية الكاملة) بثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ففي المبسوط (٩/١٨٤) : وفي الغلام في احدى الروايتين بثمانى عشرة سنة وهو الاصح بالاعتبار) والرواية الاخرى تسع عشرة سنة ويتفق المالكية مع ابي حنيفة غير انهم اختلفوا : فمنهم من حددها بثمانى عشرة سنة ومنهم من قال بان سن كمال الاهلية تسع عشرة سنة .

٤ . انظر المواد (١٢٨ - ١٣٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

٥ . لمزيد من التفصيل راجع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية للمؤلف ٧٢/١ وما بعدها .

## رابعاً : من حيث مداه اما مانع ابتداءً واستمراراً ، او مانع ابتداءً فقط ، او مانع استمراراً فقط :

- ١- المانع ابتداءً (انشاءً) واستمراراً : كحرمات الزواج تحريماً مؤبداً (١) فهي موانع صحة الزواج ابتداءً واستمراراً ، وعلى سبيل المثل : الرضاع مانع من انشاء الزواج ومن استمراره فاذا كان بين ذكر وانثى الاخوة في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلا وكذلك اذا حدثت هذه الاخوة الرضاعية بعد الزواج تبطله وينفسخ تلقائياً ، وتصويره ان الزواج بين الصغير والصغيرة جائز في الاسلام ويتولى وليهما الايجاب والقبول بدلا عنهما ، فاذا ارضعت امرأة الزوجين وهما دون سنتين من العمر يبطل زواجهما ، وكذلك اذا ارضعت ام الزوج الزوجة الصغيرة او ارضعت ام الزوجة الزوج الصغير يبطل الزواج .
- ويتحقق الحكم المذكور في المصاهرة ايضا عند من يقول بثبوتها بالزنا فالمصاهرة كالرضاع مانعة من صحة الزواج ابتداءً فلا يجوز للاب ان يتزوج زوجة اولاده واولاد اولاده وان حصلت الفرقة قبل الدخول لاطلاق قوله تعالى : (وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم) (٢) ، وكذلك تحرم بالمصاهرة ام الزوجه لقوله تعالى (وامهات نساكنكم) (٣) . وتحرم على الاولاد واولاد الاولاد زوجات الاء والاجداد لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) (٤) هذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية فمن قال بان المصاهرة تثبت بالزنا ايضا كالحنفية قالوا : اذا زنى الاب بزوجة ابنه او زنى الابن بزوجة ابيه يبطل الزواج لان لفظة (نكاح) حقيقة في الوطء (المعاشرة الجنسية) (٥) سواء كانت مشروعة ام غير مشروعة .
- ٢- المانع ابتداءً لا استمراراً : فقد يكون المانع مؤثراً في الابتداء يمنع صحة التصرف لكن اذا تم التصرف ثم حدث المانع فانه لا يؤثر عليه وبالتالي لا يبطله على اساس قاعدة (البقاء اسهل من

١. في القواعد للزركشي (٢/٣٤٧) : الطارىء ينزل منزلة المقارن قطعاً كما لو طرأ مؤيد تحريم قطعه فلو نكح

امراً فوطئها ابوه او ابنه بشبهة او وطئ الشبهة هو امها او بنتها انفسخ النكاح .

٢. سورة النساء / ٢٣ .

٣. سورة النساء / ٢٣ .

٤. سورة النساء / ٢٢ .

٥. في شرح افاضة الانوار (ص٧١) (والنكاح في قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم) للوطء دون العقد) ،

انظر شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ وما بعدها .

(الابتداء) (١) ، ومن تطبيقات هذه القاعدة :

أ- اذا أختطفت زوجة شخص وعاشرها المختطف ثم رجعت الى زوجها فلا يجوز للزوج أن يعاشرها حتى تنتهي عدتها من تاريخ المعاشرة اذا كانت من ذوات الحيض وفي سن الانجاب خشية اختلاط الانساب ، فالعدة مانعة من صحة الزواج ابتداء لكن اذا حدثت اثناء الزواج كما في هذه الحالة او حالة الدخول بالشبهة والمدخول بها تكون زوجة لغير الداخل لا يبطل الزواج .  
ب- المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعة من انشاء الزواج ولكن اذا حدثت اثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية لكن تبطله عند الحنفية . (٢)

ج- الاحرام في الحج مانع من انشاء الزواج في حالة احرام الزوجين او الزوج أو الولي عند جمهور الفقهاء ، لكن بعد انشاء الزواج اذا لبس الزوجان او أحدهما الاحرام لا يبطل زواجهما لانه مانع ابتداء وليس بمانع لاستمراره (٣) لا يصح ايجار المشاع لغير الشريك ولكن لو اجر شخص داره ثم ظهر من هو مستحق لنصفها مثلا فان الاجارة للنصف الاخر تبقى صحيحة رغم ان كون المال مشاعاً مانع ابتداء من انشاء الاجارة لغير الشريك (٤) .

٣- المانع استمراراً لا ابتداءً : كالطلاق مانع من استمرار الزوجية (٥) ولكن ليس مانعاً من انشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد اذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة وكخيار البلوغ في زواج الصغير والصغيرة اذا كان الولي غير الاب والجد عند من يجوزه وكخيار الافاقة في زواج المجنون والمجنونة .

---

١ . المجلة (٥٦م) ، وفيها ايضا (٥٥م) : (يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء) ، بعكس ذلك قد يغتفر في الابتداء مالا يغتفر في البقاء كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ولكنه ليس مانعاً من انشائها باستئناف الحياة الزوجية بين الزوجين بعقد جديد او الرجعة .

٢ . في الروضة البهية واللمعة (٨٦/٢) : وحكم وطه الشبهة والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة فتحرم الموطؤ بها على ابيه وابنه ، وتحرم عليه امها وينتها الى غير ذلك من احكام المصاهرة ، ولو تأخر الوطه فيهما عن العقد لم تحرم المعقود عليها هذا هو الصحيح .

٣ . في المغني لابن قدامة (٦٤٩/٦) ان المحرم اذا تزوج لنفسه او عقد النكاح لغيره لكونه ولياً او وكيلاً فانه لا يصح لقول النبي (ص) (لا ينكح المحرم ولا ينكح) .

٤ . شرح المجلة للاستاذا منير القاضي ١١٧/١ وعدم الجواز مذهب ابي حنيفة .

٥ . ومن موانع الاستمرار دون الانشاء : الجنون والافلاس ، فاذا جن المدين بدين مؤجل أو أفلس حل دينه وانقضى الاجل لانهما مانعان من استمرار التأجيل كالوفاة ولكن يجوز للولي ان يستدين للمجنون ديناً مؤجلاً، وكذلك يجوز للمفلس الاستعانة بالاجل ، انظر الابهاج شرح المنهاج ١٥٤/٣ .

## الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي :-

اضافة الى اختلاف الحكمين في الحقيقة والمضمون كما ذكرنا فان بينهما فروقاً جوهرية اهمها هي الاتية :

أ- الحكم التكليفي بما فيه من الكلفة والمشقة وبما يترتب عليه من المسؤولية لا يتعلق الا بافعال البالغين العاقلين بخلاف الحكم الوضعي فانه من قبيل ربط السبب بمسببه او الشرط بمشروطه او المانع بممنوعه فلا يشترط فيه البلوغ والعقل وبدليل وجوب التعويض في مال القاصر اذا اتلف مال الغير (١) وبوجوب الزكاة في ماله اذا كان مالك النصاب .

ب- الحكم التكليفي يكون دائماً في تصرفات الانسان بخلاف الحكم الوضعي فانه كما يكون في التصرفات كالقتل سبب للعقوبة ومانع من الميراث ، وحضور الشاهدين شرط لصحة الزواج كذلك يكون في الوقائع الشرعية الخارجة عن تصرفات الانسان كالقراية جعلت سبباً للميراث ولوجوب النفقة ، والصفر والجنون جعلاً من موانع صحة التصرفات ، والعقل فانه شرط لصحة التصرفات وكل ذلك وقائع لا دخل لارادة الانسان في تكوينها .

ج- في الحكم التكليفي يشترط علم المكلف بما يكلف به بخلاف الحكم الوضعي فالقاصر يلزم في ماله تعويض اتلافه وتجب الزكاة في نصابه رغم عدم علمه بذلك لعدم ادراكه .

د- في الحكم التكليفي يشترط القدرة على الحكم المكلف به بخلاف الحكم الوضعي فلا يشترط ان يكون من مقدور الانسان كما في الامثلة المذكورة في الفقرات السابقة .

وقال البعض (٢) يستثنى من عدم اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع الاسباب التي توجب العقوبات (أي الاسباب الإجرامية) والاسباب التي تنقل الاملاك (كالعقود والتصرفات الانفرادية - الادارة المنفردة) فيشترط في هذين النوعين العلم والقدرة ولكن في نظرنا ان

---

١. في الفروق للقراقي (١٦٤/١) : الصبي اذا افسد مال غيره وجب على وليه اخراج الجابر (التعويض) من مال الصبي فالاتلاف سبب للضمان وهو من خطاب الوضع فاذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة اخذت من ماله بعد بلوغه لان السبب قد تحقق في زمن الصفر وتأخر اثره الى ما بعد البلوغ ، واذا كان للقاصر مال وجب على وليه دفعه من هذا المال ، في جمع الجوامع وشرحه (٥١/١) ولا خطاب (أي خطاب تكليف) يتعلق بفعل غير البالغ العاقل وولي الصبي والمجنون مخاطب باداء ما وجب في مالهما منه كالزكاة وضمان المتلف كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفته حيث فرط حفظها لتنزل فعلها في هذه الحالة منزلة فعله . في التمهيد للسنوي (ص١١٦) : لا يشترط التكليف في خطاب الوضع كجعل الاتلاف موجبا للضمان ونحو ذلك ولهذا تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون والضمان بفعلهما .

٢. كالقراقي حيث قال في الفروق (١٦٢/١) استثنى صاحب الشرع من اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين : الاسباب التي هي اسباب للعقوبات وهي جنائيات فيشترط فيها العلم والقدرة لان رحمة صاحب الشرع تأتي عقوبة من لم يقصد الفساد واسباب انتقال الاملاك كالبيع والهبة والوصية لانها لا تقيد الملك ما لم يتوفر الرضا ولا يكون الرضا الا مع العلم والقدرة ، نقلته مع التصرف .

اشتراط هذين الشرطين في خطاب الوضع استثناء يرجع الى سببين :

احدهما كون هذه الاسباب من الاحكام التكليفية كما انها من الاحكام الوضعية.

والسبب الثاني ان العلم والقدرة من شروط تأثير هذه الاسباب لا لاجل تكوينها واعتبارها

من الاحكام الوضعية وتختلفها يعتبر من موانع هذه الاسباب .

هـ- خطاب التكليف انشاء لانه طلب وامر بالفعل او الترك اما خطاب الوضع فانه خبر أي ان

الشارع لوضع هذه الامور اخبرنا بوجود احكامه وانتفائها عند وجود تلك الامور وانتفائها ،

كانه قال مثلا : اذا وجد النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة والحول الذي هو شرطه

فاعلموا اني قد اوجبت عليكم اداء الزكاة ، واذا وجد الدين (المانع) أو انتفي السبب أو الشرط

فاعلموا انها غير واجبة عليكم .

ورغم الفروق الجوهرية المذكورة في الحكمين التكليفي والوضعي فانهما كثيرا ما يجتمعان في

بعض تصرفات الانسان كالبيع فانه من حيث كونه مباحا او مندوبا او واجبا او مكروها او محرما

حسب ظروفه حكم تكليفي ، ومن حيث انه سبب الملكية حكم وضعي ، والاتلاف من حيث انه عمل غير

مشروع حكم تكليفي ، ومن حيث انه سبب التعويض حكم وضعي ، وحضور الشاهدين من حيث انه

عمل مباح او مندوب حكم تكليفي ، ومن حيث انه شرط صحة الزواج حكم وضعي .

والقتل من حيث انه محرم حكم تكليفي ومن حيث انه مانع من الميراث حكم وضعي وهكذا ...

والحاصل النسبة بين الحكمين التكليفي والوضعي التباين بحسب المفهوم كما سبق في تعريف كل

منهما الا انها عموم وخصوص وجهي بحسب التحقق فهما يجتمعان في كثير من التطبيقات الشرعية

كالزواج سبب للميراث وواجب او مستحب او حرام او مكروه او مباح حسب الظروف ، والقتل

والجرح محرمان وسببان للقصاص ، ومن الجدير بالذكر انهما لا يجتمعان الا في تصرفات تكون من

مقدور الانسان ان يقوم بها .

وقد يتحقق الحكم الوضعي بدون الحكم التكليفي وذلك في المجالات غير الخاضعة لسلطة

الانسان كالقراية سبب للميراث ولوجوب النفقة ، وكالبلوغ والعقل) فهما شرطان لصحة تصرفات

الانسان وكالجنون فانه مانع من المسؤولية الجنائية فهذه الامور من الاحكام الوضعية فقط فلا يتحقق

فيها الحكم التكليفي لان من شروطه ان يكون المكلف به من مقدور الانسان ، وقد يتحقق خطاب

التكليف بدون خطاب الوضع كاداء الواجبات واجتناب المحرمات (١) .

١. في الفروق للقرافي (١/١٦٤) : خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كاداء الواجبات واجتناب المحرمات فهي

من خطاب التكليف فقط فهي وان كان صاحب الشرع جعلها سببا لبراءة الذمة وترتب الثواب ودرء العقاب غير

ان هذه ليست افعالا للمكلف ونحن لا نعني بكون الشيء سببا الا كونه وضع سببا لفعل من قبل المكلف .



## الفصل الثالث عناصر الحكم الشرعي

الحكم الشرعي سواء كان تكليفيا او وضعيا لا يتحقق الا بتوافر ثلاثة عناصر (اركان) وهي :  
الحاكم (الشارع للاحكام) ، والمحكوم فيه (التصرفات والوقائع) ، والمحكوم عليه (الانسان المكلف) في  
الاحكام التكليفية . و(الانسان مطلقا والوقائع) في الاحكام الوضعية . واهمية هذه العناصر تتطلب  
تفريد كل واحد منها بمبحث مستقل .

### المبحث الاول الحاكم (شارع الاحكام)

اجمعت الامة الاسلامية من الفقهاء والاصوليين والفلاسفة على ان الحاكم (الشارع) للاحكام  
الشرعية من وجوب وندب وحرمة وكراهة واباحة وسببية وشرطية وامانعة هو الله سبحانه وتعالى كما  
قال في القرآن الكريم (ان الحكم الا لله) (١) ، كما اجمع الجمهور (٢) على ان لكل مسألة تواجه الفرد  
او المجتمع او الامة في جميع مجالات الحياة حكما شرعياً الهياً واحداً ان اصابه المجتهد فهو  
مصيب، وان وصل اجتهاده الى غيره فهو خاطيء والدليل على وحدة الحكم لكل مسألة او قضية  
القرآن والسنة والاجماع واقوال الصحابة والمعقول :

١- القرآن : قال سبحانه وتعالى (وداود وسليمان اذ يحكما ان اذ نفضت (٣) فيه غنم  
القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان) (٤) .

وجه الاستدلال ان الله تعالى خصَّ سليمان بفهم الحق في الواقعة بعد اشتراكهما في  
الحكم وذلك يدل على اصابة سليمان دون داود عليهما السلام ، والا لما كان لتخصيص

١. الانعام / ٥٧ .

٢. وقال فته لا يعتد برايهم ان حكم الله هو ما يصل اليه المجتهد في اجتهاده وبناء على ذلك يجوز ان يكون لمسئلة  
واحدة عدة احكام في ضوء اختلافات المجتهدين وهذا مرفوض كما تثبت ذلك بالادلة .

٣. نفضت الابل والغنم : رعيت ليلا بلا راع .

٤. الانبياء / ٧٨ و ٧٩ قضي داود عليه السلام بالغنم لصاحب الحرث مقابل الضرر الذي اصابه وقضى سليمان  
عليه السلام بان تدفع الغنم الى صاحب الحرث فينتفع بالبانها وسمونها واصوافها تعويضا عن الضرر دون  
ان تنتقل ملكية الغنم اليه ويدفع الحرث الى صاحب الغنم ليقوم عليه فاذا عاد الزرع الى حاله رد كل واحد  
منهما ما لديه الى صاحبه ، يراجع الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ٣٠٨/١١ .

سليمان بالتفهم فائدة وبالتالي يدل على اتحاد حكم الله في الحادثة وكون المصيب في الاجتهاد عند اختلاف المجتهدين في واقعة واحدة واحدا . (١)

٢- السنة النبوية : قال النبي صلى الله عليه وسلم (إذا حكم الحاكم فاجتهد (٢) ثم اصاب فله اجران فاذا حكم واجتهد ثم أخطأ (٣) فله اجر (٤) ) . وهذا الحديث من الأدلة القطعية على ان حكم الله في كل مسألة واحد ، ولو كان متعددا كما زعم البعض (٥) لما كان هناك خطأ ولا صواب في الاجتهاد ، اما الخطأ فواضح ، واما الصواب فلانه لا يستعمل الا لشيء يتصور فيه الخطأ .

٣- الاجماع : اجتمعت الامة الاسلامية على شرعية المناظرة بين المجتهدين ولو كان كل مجتهد مصيبا فيما ادى اليه اجتهاده لكانت المناظرة عبثا ، اذ لا فائدة لها الا الاصابة ومعرفة الحق وتمييزه من الخطأ واظهار الصواب ، وتصويب الجميع ينفي ذلك (٦) .

٤- اقوال الصحابة : سئل ابو بكر الصديق (رض) عن الكلاله قال : اقول فيها برأبي فان كان صوابا فمن الله ، وان كان خطأ فمني ومن الشيطان اراه ما خلا الوالد والولد (٧) .  
وقال عبد الله بن مسعود (رض) في المفوضة (٨) التي مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يسم لها مهرا : اجتهد برأبي فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان (٩) ، لها الميراث ، ولها مهر مثلها ، لاوكس ولا شطط .

وهذان الاثران من كبار الصحابة يدلان بوضوح على ان حكم الله في كل مسألة أياً كان مجالها ونوعها حكم واحد ، فالمجتهد الذي يكتشفه يكون مصيباً والذي يذهب الى حكم آخر مخالف يكون خاطئاً ، ومع ذلك مأجور على بذل جهده لاكتشاف حكم الله .

١ . شرح المنار لابن ملك ص ٨٢٥ .

٢ . أي أراد ان يحكم لان الاجتهاد يكون قبل الحكم .

٣ . اي لم يوافق حكمه حكم الله .

٤ . الحديث متفق عليه ، سبل السلام ١٥٥/٤ .

٥ . شرح المنار .

٦ . شرح المنار المرجع السابق ص ٨٢٧ .

٧ . اي الوارث الذي لا يرث عن طريق الابوة ولا عن طريق البنوة ، والكلالة وردت في قوله تعالى ، (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) / النساء / ١٢ .

٨ . المفوضة : امرأة تتزوج بدون تحديد مهرها ويترك الامر لها بعد الزواج ويكون لها مهر المثل بعد الدخول .

٩ . شرح المنار ، المرجع السابق .

٥- المعقول : اي الدليل العقلي فالعقل السليم يقضي بان حكم الله واحد في كل مسألة والا للزم التناقض والتضارب في الاحكام لمسئلة واحدة : وعلى سبيل المثل قال جمهور الفقهاء لا يصح الزواج الا بحضور شاهدين : وقال الشيعة الامامية يصح بلا شهور ، فأحد هذين الرأيين خطأ حتماً والا للزم ، اجتماع النقيضين بين الحكمين المتعارضين (يصح ولا يصح) في مسألة واحدة وفي ظرف واحد ، والتناقض مرفوض لان اجتماع النقيضين مستحيل استحالة منطقية .

## المبحث الثاني المحكوم فيه

المحكوم فيه (١) عبارة عما يتعلق به خطاب الله من تصرفات الانسان الاراية كما في خطاب التكليف او منها ومن الوقائع الشرعية كما في خطاب الوضع .

ولهذا الموضوع اهمية كبيرة في المجالات الفقهية والقانونية والقضائية من حيث التطبيقات العملية وهذه الاهمية تحتم علينا دراسته من الوجة الاتية :

- ١- باعتبار الاثر الذي يترتب على تنفيذه من المصلحة العامة والخاصة يقسم الى حق الله (الحق العام) ، وحق العبد (الحق الخاص) ، والحق المشترك .
- ٢- باعتبار ما يقترن به من كلفة ومشقة يقسم الى العزيمة والرخصة .
- ٣- وباعتبار الاداء يقسم الى ما يقبل النيابة وما لا يقبل .

### اولاً : اقسام المحكوم فيه باعتبار ما يترتب عليه من المصلحة :-

كل محكوم فيه من تصرفات الانسان والوقائع التي يتعلق بها خطاب الوضع لا يخلو من مصلحة عامة ، او خاصة ، او مشتركة ، وقد شاع اطلاق حق الله على ما فيه المصلحة العامة ، وحق العبد المحض على ما فيه المصلحة الخاصة ، والحق المشترك على ما يجمع بين المصلحتين . فمصلحة وجوب الواجبات وندب المستحبات وابطاحه المباحات هي المنفعة المستجلبه من تنفيذ هذه الاحكام ، ومصلحة حرمة المحرمات ، وكراهة المكروهات المضرة او المفسدة المستدراة باجتنابها .

---

١ . في بعض المراجع الاصولية يستعمل تعبير (المحكوم به) بدلا من (المحكوم فيه) ولكن التعبير الثاني ادق من الاول ، لان المحكوم به عبارة عن نفس الحكم من الوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة والسببية والمناعية.وفي التقرير والتحبير على : التحرير (١١٢/٢) .. التعبير عن فعل المكلف بالمحكوم فيه اولى من التعبير عنه بالمحكوم به كما في صدر الشريعة والبيضاوي وغيرهما .

## أولاً : حقوق الله المحضة (الحقوق العامة) : وهي التي تحقق المصالح العامة . (١)

فمنها قلبية كالإيمان بالله ورسوله وكتبه ويوم الآخرة (٢) ، ومنها : بدنية محضة كالصلاة والصيام وغيرهما ، والمصلحة العامة فيها هي أنها وسائل وقائية واحترازية لمكافحة الاجرام لانها تهذب سلوك الانسان .

ومنها : مالية بحتة كالزكاة والوقف والانفاق في سبيل الله ، وفائدتها العامة هي انها من وسائل التكافل الاقتصادي والتضامن المالي لمكافحة الفقر الذي هو عامل رئيسي للسلوك الاجرامي .

ومنها : مالية وبدنية كالحج والجهاد على نفقة المجاهد ، واهميتها العامة حماية الدين ، والارواح ، والاموال ، والاعراض بالنسبة للجهاد ، واما فائدة الحج العامة فهي انه مؤتمر اسلامي سنوي لحل المشاكل القائمة بين الشعوب الاسلامية من جهة وبينها وبين الشعوب الاخرى من جهة ثانية .

---

١ . وقد قسمها علماء الاصول الى الاقسام الاتية :

١- عبادات محضة : كالإيمان بالله وما يتفرع عنه من العبادات كالصلاة والصيام .

٢- عقوبات محضة كعقوبات جرائم الحدود وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية للانسان كالاعتداء على الدين والحياة والمال والعرض والعقل .

٣- عقوبات قاصرة على الناحية المالية ، وعلى الجاني ذاته كحرمان الوارث القاتل من ميراث مقتوله ، وحرمان الموصى له القاتل من وصية مقتوله ، فالحرمان حق الله اذ لا نفع فيه للمقتول .

٤- حق دائر بين العباداة والعقوبة مثل كفارة حنث اليمين وكفارة الظهار ، وكفارة القتل خطأ ، فهي تهذب سلوك الجاني كالصيام ، وتحرر الانسان المستعبد وتسد حاجة المسكين اضافة الى كونها عقوبة رادعة وزاجرة .

٥- عباداة فيها معنى المؤنة كزكاة الفطر فيجب على كل مسلم في اليوم الاخير من رمضان مساعدة الفقير بما يعادل وجبة طعام متوسطة من شخص هو مسؤول عن اعالته ونفقته اضافة الى نفسه .

٦- مؤنة فيها معنى العباداة كالزكاة وهي نسبة مئوية تدفع سنويا للمستحقين ، فمن غلب جانب المؤنة على العباداة قال تجب الزكاة ، في مال القاصر ، سواء كان صغيراً او مجنوناً او نحوهما ، ومن غلب جانب العباداة على الجانب المالي قال لا تجب الزكاة في مال القاصر ، والرأي الاول هو الراجح لان الزكاة من باب خطاب الرضع سبب وجوبها وجود النصاب في المال الذي تجب فيه الزكاة بغض النظر عن اهلية مالك المال .

٧- مؤنة فيها عقوبة كالضريبة الخراجية التي فرضت على الذين كانوا يستثمرون الاراضي الزراعية ولا يشتركون في الجهاد من غير المسلمين ، فاذا اسلموا واشتركوا في الجهاد تسقط عنهم هذه المسؤولية .

٨- حق قائم بنفسه لا يتعلق بزمة كحق الدولة في استثمار المعادن الموجودة في ارض اقليمها . انظر التوضيح شرح التنقيح مع التلويح (١١٥/٢) وما بعدها وبلغه السالك لاقرّب المسالك في مذهب الامام مالك ١/٢١٤ .

٩. في الالفية مع طلعة الشمس للسالمي الاباضي (٢/٢٤١) : ومن حقوق الله في المنقول ايماننا بالله والرسول ، وما اتى في الدين بالضرورة ، وهي امور ليس بالمحصورة ، والمراد بالمنقول ما يقابل المعقول اي ما نقل الينا من الشرائع الالهية .

ومن حقوق الله المحضة عقوبات جرائم الحدود التي هي عبارة عن الاعتداء على الحقوق العامة .

### مميزات حق الله المحض (الحق العام) :

يتميز هذا النوع من الحقوق بمميزات اهمها ما يلي :-

١- لا يجوز فيه العفو ، ولا الابراء ، ولا الصلح ، ولا التعديل ، ولا التبديل ، فلا يحق لأي انسان

ايا كانت صفته ومنزلته ومركزه ان يتنازل عنه او يتهاون في اقامته وتنفيذه .

٢- لا يجري فيه الارث ، فاذا كان حقا ماليا كالزكاة يتعلق بتركته بعد الوفاة فلا توزع على ورثته

قبل اخراج هذا الحق منها لانه دين الله وحق عام .

وان كان عقوبة كعقوبة الزنا والسرقه تسقط بالموت بالنسبة الى المسؤولية الدنيوية ولا تنتقل الى

الورثة لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى (١) ) . ولكن يسأل عنها يوم القيامة امام الله ان شاء

غفر له ، وان شاء عذبه (٢) .

٣- يجري فيه التداخل بالنسبة للعقوبات الحدية فمن ارتكب جريمة الزنا مرات مثلا وثبتت عليه

يعاقب على المرة الاخيرة لما في المرات السابقة من الشبهة ، وقد قال الرسول عليه الصلاة

والسلام (ادروا الحدود بالشبهات) ولكن اذا أعاد الجريمة تعود العقوبة (٣) .

٤- يفوض امر استنفائه لولي الامر (رئيس الدولة ) ومن يخوله .

٥- جزاء الاعتداء على الحق العام .

١- عقوبات الحدود التي حددها النص كالجلد والرجم في جريمة الزنا ، وقطع اليد في جريمة

السرقه .

ب- الكفارة المالية او البدنية كما في حنث اليمين والظهار والقتل الخطأ (٤) .

ج- حرمان الوارث القاتل من تركه مقتوله المورث فهذه العقوبة من حقوق الله لا تقبل الاسقاط رغم

انها عقوبة تبعية لجريمة القتل بخلاف القصاص ، فانه حق مشترك يقبل الاسقاط .

د- العقوبات التعزيرية على كل جريمة اعتداء على الحق العام ، وللقاضي سلطة تخفيف وتشديد

هذا النوع من العقوبات، ولرئيس الدولة اعفاء الجاني اذا رأى في ذلك اصلاحه ومصالحة عامة.

---

١ . الانعام / ١٦٤ .

٢ . كما قال تعالى (فيغفر لمن يشاء ويعذب من يشاء والله على كل شيء قدير) سورة البقرة ٢٨٤ .

٣ . في قواعد الزركشي (١/٢٧) : (فان كانت العقوبات لله تعالى من جنس واحد تداخلت كما لو تكرر منه الزنا

وهو غير متزوج بحرمة واحدة وكذا لو سرق او شرب مرارا) .

٤ . تحرير رقبة عند الوجود والا فالاطعام والكسوة والصيام .

## ثانياً : حقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة) :

الحق الخاص هو الذي يحقق مصلحة خاصة مالية كانت ام غير مالية ، والحق المالي كالحقوق العينية والحقوق الشخصية المالية (الديون) ، والحق غير المالي كحقوق الاسرة غير المالية مثل تمتع كل من الزوجين بالآخر ، وحق الحضانة ، وحق الطلاق ، وحق الرضاع وازضافة الى ذلك توجد حقوق خاصة متعلقة بالمال كحقوق الارتفاق (١) .

### مميزات حق العبد المحض (الحق الخاص) (٢)

- ١- يجوز فيه العفو والصلح والابراء والاسقاط .
- ٢- يفوض امر استيفائه الى صاحب الحق ، ولكن تنفيذه يكون عن طريق السلطة تجنباً عن الفوضى .
- ٣- لا يجري فيه التداخل فمن الحق الضرر بالغير عدة مرات متواليات او غير متواليات يجب عليه دفع التعويض عن كل مرة .
- ٤- جزاء الاعتداء على الحق الخاص اما التعويض ، او التعزير ، او القصاص .
- ٥- ينتقل الى الورثة في ضوء التفصيل الآتي :

- أ- الحقوق الخاصة المحضة غير المالية لا تنتقل الى الورثة مطلقاً باجماع الفقهاء كحق تمتع كل من الزوجين بالآخر ، وحق الولاية ، وحق الحضانة ، وحق الوظيفة .
- ب- الحقوق المالية المحضة الخاصة تنتقل الى الورثة بالاجماع ما لم يتعلق بها حق الغير .
- ج- والحقوق الخاصة ذات الطبيعة الازدواجية بان يكون فيها الجانب المالي والجانب الشخصي تنقسم الى الاقسام الثلاثة الاتية :

**القسم الاول :** ما يكون الجانب المالي فيه هو الغالب على الجانب الشخصي ولا خلاف بين الفقهاء (٣) في انتقاله الى الورثة كحق الرهن (٤) فهو من باب الاستيثاق والاستيفاء لذا تكون الناحية المالية فيه هي الغالب على الجانب الشخصي الذي يتمثل في رضاء الراهن بالمرتتهن والاطمئنان الى امانته وحسن قيامه على المرهون ، ومثل حق الرهن فيما ذكرنا حق حبس المبيع الى استلام الثمن ، وحق خيار العيب (٥) ، وحق خيار فوات الوصف المرغوب فيه ونحو ذلك .

١. كحق المرور والمجرى ، والمسيل والشرب .

٢. لم أجد في المراجع الفقهية والقانونية تعريفاً سليماً للحق وفي رأينا المتواضع : حق الانسان في الشيء مركز شرعي (قانوني) يبيع له نفعه ويفرض على الغير احترامه .  
٣. خلافاً للظاهرية .

٤. جاء في القانون المدني الاردني (م ١٣٧١) : (لا ينقضي الرهن - التأميني - بموت الراهن او المرتتهن ، ويبقى قائماً عند الورثة) . وفي (م ١٤٢٣) : (لا ينقضي الرهن الحيازي بموت الراهن او المرتتهن ويبقى رهناً عند الورثة حتى وفاء الدين) .

٥. ينتقل حق ضمان العيب بوفاة المشتري الى الورثة . (م ٥٢٠م) مدني اردني .

**القسم الثاني :** ما يكون الجانب الشخصي هو الغالب على الجانب المالي ، ولذا اتفق الفقهاء على عدم انتقاله الى الورثة كحق الانتفاع ، فاذا مات الموصى له بمنفعة عين لا ينتقل الموصى به (حق الانتفاع) الى ورثته ما لم يقد دليل على خلاف ذلك ، وكذلك حق الانتفاع بالعين المعارة والمؤجرة (١) .

**القسم الثالث :** ما لا يظهر فيه مرجح لتغليب احد الجانبين (المالي والشخصي) على الجانب الاخر ، لذا اختلف فيه الفقهاء فمنهم من غلب الجانب المالي على الجانب الشخصي لما وصل اليه اجتهاده من مرجح فقال بانتقاله الى الورثة ، ومنهم من ذهب الى عكس ذلك فقال بعدم انتقاله الى الورثة مثل حق خيار الشرط وحق الشفعة . وذهب المشرع الاردني الى منع انتقال حق خيار الشرط الى الورثة (٢) ، والى انتقال حق الشفعة اليهم (٣) .

### ثالثاً : الحقوق المشتركة (٤) :

الحق المشترك هو الذي يجمع بين المصلحتين العامة والخاصة في وقت واحد ولذلك يلحق في الحكم والميراث بالحق العام اذا كانت المصلحة العامة فيه هي الغالبة ، وبالحق الخاص اذا كانت المصلحة الخاصة هي الغالبة :

- ١- ومن امثلة النوع الاول (اي ما كان الحق العام فيه هو الغالب) : كل مهنة او حرفة او وظيفة يحتاج اليهما المجتمع كمهنة الطب والتعليم ، وكحرفة النجارة ، والخياطة ، او الحدادة ونحوها، وكوظيفة القضاء والافتاء ونحوهما ، وهذا النوع من الحق المشترك يلحق في احكامه وميزاته بالحقوق العامة وللدولة اجبار ذي المهنة او الحرفة على ممارستها ، واجبار الشخص الذي تتوافر فيه اهلية القضاء والافتاء او التدريس على ممارسة اختصاصه اذا لم يوجد غيره.
- ب- ومن امثلة النوع الثاني (الذي يكون الجانب الخاص هو الغالب) : حق القصاص فعقوبة القتل العمد العدوان اذا توافرت اركانه وشروطه تكون القصاص ، وهذا الحق مشترك بين الدولة التي تتولى استيفاء الحق العام ، وبين ولي الدم (او ورثة المقتول) فبالاعتبار الاول لا ينفذ القصاص الا بعد تصديق رئيس الدولة ، والاعتبار الثاني يجب اخذ رأي الورثة او ولي الدم لتنفيذ العقوبة .

١. جاء في المادة (١٢١٥ / ٦) مدني اردني :- (ينتهي حق الانتفاع : ... بموت المنتفع اذا لم ينص القانون على غير ذلك .
٢. جاء في المادة (١٨٣) مدني اردني : (يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته ويلزم العقد بالنسبة الى الورثة ... ) .
٣. نصت المادة (١١٥٨) مدني اردني : (اذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع او المشتري او الشفيع) .
٤. في الالفية مع شرح طلعة الشمس للسالمي الاباضي (٢/٢٤٠) والحق قد يكون لله فقط مثل العبادات وما بها ارتبط ، ومثل مال للصالح العام ، وقد يكون للعباد حكماً وقد يجيء النوعان فيه مثل ما ، في القذف والقصاص ممن اجرم ، اي ينقسم المحكوم فيه الى ثلاثة انواع : لانه اما ان يكون حقا لله فقط كالعبادات اصولا وفروعاً ، وكالاموال الموقوفة للصالح العام فانها حق لله ايضا اضيفت اليه تعالى لعظم خطرها وعموم نفعها .



ففي القانون الجنائي الوضعي الحق العام هو الغالب في القصاص لانه من مظاهر سيادة الدولة . اما في الشريعة الاسلامية فالحق الخاص هو الغالب على اساس قاعدة (الغنم بالغرم) لان المأساة التي تحل بعائلة واسرة المقتول نتيجة هذه الجريمة اكثر بكثير مما يحل بالشعب والمجتمع عن طريق فقد عضو من اعضائه ، ولهذا الحكمة قال سبحانه وتعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) ، والسلطان هو اختيار القصاص او العدول عنه الى الدية (التعويض المالي) أو التنازل عن كليهما .

## ثانياً : المحكوم فيه اعتبار المشقة عزيمة ورخصة :

كل حكم تكليفي لا يخلو من الكلفة والمشقة والا لما سمي حكماً تكليفيًا غير ان درجات هذه المشقة متفاوتة لذا يكون تأثيرها على الحكم والطلب متفاوتاً كالآتي :

أ- اذا كانت المشقة فوق طاقة المكلف يسقط التكليف عنه ولا يسأل عن عدم انجاز العمل المكلف به بمقتضى قوله تعالى (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) (١) .

ب- واذا كانت المشقة خاصة لطاقة الانسان ، ولكن من شأنها ان تعرض حياة المكلف او صحته للخطر ففي هذه الحالة يتبدل الحكم من الصعوبة الى السهولة بحيث لا يكون تنفيذه اية خطورة على الصحة والحياة كالصيام يؤجل ادائه بالنسبة لمن له العذر كالسفر والمرض والارضاع الى حين زوال العذر (٢) ، اما اذا كان العذر غير قابل للزوال كالشيخوخة والمرض المزمن فان الحكم يسقط اداء وقضاء بالمثل ، ويحل محله نوع اخر لا يؤدي الى اية مشقة كتبدل الصيام الى الفدية بالنسبة لمن يكون عذره مستمرا ، وقد مر تفصيل ذلك في بحث الاستحسان وفي موضوع القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول ويسمى الحكم المخفف رخصة لذا عرفت الرخصة بانها تغير الحكم من صعوبة الى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الاصيل .  
والرخصة قد تكون واجبة كاكل الميتة لانقاذ الحياة وقد تكون مندوبة كالافطار عند المشقة .

١. سورة البقرة / ٢٨٦ .

٢. الترخيص لغة : التسهيل والتيسير ، وفي عرف الشرع : ما شرع من الاحكام لعذر مع بقاء دليل الايجاب والتحرير لولا ذلك العذر ..

والرخصة لا تعني تغيير الحكم بالنسبة للشارع لان متعلق الحكم له حكمان غالبا احدهما : للظروف الاعتيادية والثاني لغير الاعتيادية .

والتخفيف على خمسة اوجه : (١) باسقاط المفروض كاسقاط الصلاة عن الحائض والمجنون (٢) بالتنقيض كالقصر في السفر (٣) بالبدل كالتييم بدل الفسل (٤) بالتقديم والتأخير كصلاة المسافر الرباعية (٥) اباحة المحرم كاكل الميتة للمضطر .

ج- المشقة التي تكون في حدود طاقة الانسان ولا تؤثر على حياته وصحته لا يكون لها اي تأثير على الحكم المكلف به ، ويبقى مطلوباً اداؤه كما شرع وطلب من الشارع اداؤه عملاً او كفاً ، ويسمى الحكم التكليفي في هذه الحالة عزيمة .

### ثالثاً : باعتبار قبوله للنيابة ينقسم الى ثلاثة اقسام :

**القسم الاول :** ما لا يقبل النيابة مطلقاً فهو مطلوب من المكلف شخصه لكونه مشتملاً على مصلحة ترجع اليه ولا تحصل له الا بالمباشرة بنفسه ومن تطبيقات هذا القسم اليمين في حالة الخصومة امام القضاء ، يقول الرسول عليه الصلاة والسلام (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) (١) ، فاذا لم يتمكن المدعي من تقديم البينة فعلى المدعى عليه اليمين بنفسه فلا يحق له ان ينيب غيره في ذلك لان الغاية من اليمين هي الدلالة على صدقه ، وهذا ما لا يحصل بحلف غيره نيابة عنه ومنها الصلاة والصيام فلا يجوز النيابة فيهما لان المصلحة المتوخاة من تشريعهما اجلال الله وتقوية الصلة به وبالتالي تهذيب النفس وتقويم السلوك او التجنب عن الفحشاء والمنكر ، قال تعالى :- « اقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » ، (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) فاكتمساب المناعة ضد الاجرام بسبب الصلاة والاتصاف بالتقوى عن طريق الصيام لا يحصلان للانسان عن طريق النيابة في ادائه ويقابل هذا في القانون اداء الخدمة الالزامية العسكرية.

**القسم الثاني :** ما يقبل النيابة مطلقاً وهو الذي يكون مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وحصول هذه المصلحة لا يتوقف على مباشرة المكلف بنفسه ما دامت الغاية حصول اصل الفعل وادائه ايا كان المؤدي .

ومن تطبيقات هذا القسم وجوب رد المال المغصوب للمغصوب منه ، والمال المسروق للمسروق منه ، والمال المعار للمعير ، والعين المؤجرة للمؤجر بعد انتهاء مدة الاعارة والاجارة ، ومنها قضاء الديون للدائنين ، وتفريق الزكاة على المستحقين ، ويقابل هذه الحالات في القانون تسديد اجور الماء ، والكهرباء ، والهاتف ، ودفع الضرائب ونحو ذلك فالمصلحة في هذه التطبيقات الشرعية والقانونية هي ايصال الحقوق الى اهلها سواء كان عن طريق المكلف والمدين ام عن طريق من ينوب عنه نيابة شرعية او قضائية او اتفاقية .

١. عن ابن عباس (رض) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) متفق عليه وللبيهقي من حديث ابن عباس باسناد صحيح (البينة على المدعى واليمين على من انكر) ، سبل السلام ١٧٤/٤ .

القسم الثالث : ما كان مشتملا على مصلحة منظور فيها بالنسبة للفعل والفاعل فهو متردد بينهما ، لذا اختلف فيه الفقهاء كالحج فانه عبادة معها انفاق مأل فقال البعض (١) : المصلحة من تشريع الحج تأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله في الديار المقدسة واطهار الانقياد له ، وهذا امر مطلوب من كل شخص له الاستطاعة المالية والبدنية والعقلية ، فلا يقبل النيابة عنه اذا وجب عليه الحج ، ثم حل به عذر يمنعه من ادائه .

وقال البعض الاخر (٢) المصلحة الرئيسية من تشريع الحج هي عبارة عن الانفاق بالمال في سبيل الله عن طريق الحج ، فاذا كان الشخص معذورا لا يستطيع الذهاب الى الحج بنفسه او مات بعد ان وجب عليه الحج يجوز اداء الحج عنه نيابة .

---

١ . كالامام مالك (رح) : انظر بلغة السالك لا تقرب المالك للصاوي على الشرح الصغير للدردير ١٦٩/٢ .  
٢ . وهو رأي اكثر الفقهاء في المغنى لابن قدامة (٢٣٣/٣) : لا يجوز ان ينوب الرجل عن الرجل والمرأة ، والمرأة عن الرجل والمرأة في الحج في قول عام اهل العلم .. ولا يجوز الحج والعمرة عن حي الا باذنه فرضا كان او تطوعا لانه عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن بالغ عاقل الا باذنه كالزكاة واما الميت فيجوز عنه بغير اذنه واجبا كان او تطوعا لان النبي (ص) امر بالحج عن الميت .

## المبحث الثالث المحكوم عليه

المحكوم عليه في الحكم الوضعي هو وصف حكم عليه بالسببية او الشرطية او المانعية (١) سواء كان هذا الوصف من فعل الانسان الارادي والارادي ام كان واقعة مادية او معنوية فالمحكوم عليه في هذه الحالة لا يشترط فيه البلوغ ولا العقل ولا القدرة ولا العلم كما سبق بيان ذلك في انواع الحكم الوضعي .

اما المحكوم عليه في الحكم التكليفي فهو الانسان الذي يجب ان تتوافر فيه شروط اربعة : البلوغ، والعقل ، والعلم بالمكلف به ، والقدرة على انجازه فعلاً (٢) أو امتناعاً وبناء على ذلك فان الموضوع بالنسبة للحكم التكليفي يتطلب دراسة الادوار التي يمر بها الانسان من كونه جنيناً الى سن الرشد ، وحكم كل دور منها والاهلية التي يتمتع بها الانسان في هذه الادوار المختلفة قوة ودراية وادراكاً ووعياً ، ثم دراسة العوارض التي قد تواجه الانسان بعد بلوغه وتحول دون صحة أو نفاذ تصرفاته .

### ادوار حياة الانسان :

قسم فقهاء الشريعة ادوار حياة الانسان من حيث الاهلية الى اربعة :

#### الدور الاول : دور ما قبل الولادة

فالانسان حين يتكون جنيناً في بطن امه يفترض له حياة تسمى (الحياة التقديرية) وله شخصية شرعية (قانونية) غير مستقرة وغير ثابتة وتستقر بعد ولادته حياً ، والدليل على وجود هذه الشخصية الناقصة جواز الوصية ، والوقف والهبة له والاحتفاظ بنصيبه من تركة من مات وكان

---

١. في مختصر المنتهي الاصولي وشرحه (٧/٢) خطأ الوضع كالحكم على الوصف بالسببية الوقتية كالزوال والمعنوية كالاسكار والملك والضمان والعقوبات ، وبالمانعية للحكم لحكمة تقتضي نقيض الحكم كالبوة في القصاص ، وللسبب لحكمة تخل بحكمة السبب كالدين في الزكاة ..

٢. في الالفية المرجع السابق (٢/٢٤٥) : ويجب الحكم على المكلف بعد حصول صفة التكليف ، وهي التي تعرف بالاهلية ، عندهم وهي كمال القدرة ، في عقله وهي كمال قوته ، وجسمه وهي تمام صحته ، لكن في قوة عقله خفاً ، وبالبلوغ حالة قد كشفها اي يجب الحكم الشرعي على المكلف وهو من وجدت فيه صفة التكليف وهي كمال قوته في بدنه وعقله ، فاما كمال قوته في عقله فهو بلوغ العقل مبلغ العقول الكاملة فالاهلية عند الاصوليين كمال العقل والبدن .



بمجرد عقد الزواج، ومن الواضح ان الزواج بين الصغير والصغيرة جائز عند جمهور الفقهاء ، وبموجب القانون الوضعي تجب الضرائب في اموال القاصرين اذا كان المال خاضعاً لقانون الضريبة. ومن البدهي ان التزامات القاصر تقتصر على الجانب المالي ، اما في القضايا الجنائية والعبادات فلا تتوجه اليه اية مسؤولية قبل بلوغه سن التمييز .

### الدور الثالث : دور التمييز (١)

وهو يبدأ باكمال السنة السابعة من العمر وينتهي بالبلوغ ، ما لم يكن هناك عارض من عوارض الاهلية كالجنون والسفه ، وله في هذه المرحلة اهلية الاداء الناقصة اي الصلاحية لممارسة بعض الحقوق ، فله قبول كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض ، لان التبرع بالنسبة للمتبرع له من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فهي صحيحة مطلقاً اجازتها الولي او لم يجزها ، اما بالنسبة للمتبرع يكون التبرع من التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي لا تجوز من ناقص الاهلية اجازتها الولي او لم يجزها (٢) ويستثنى من قاعدة عدم صحة تبرعات ناقص الاهلية : الوصية فانها تصح لسببين : احدهما عدم انتقال ملكية الموصى به الى الموصى له قبل وفاة الموصي ، وثانيهما : حاجة ناقص الاهلية مثل كامل الاهلية الى الثواب والاجر من الله ، وله ممارسة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة وغيرهما من المعاوزات التي فيها نفع مشوب باحتمال الضرر فهي تنعقد موقوفة على اجازة الولي فبانضمام رأي الولي يندفع الاحتمال (٣) .

وعبادات ناقص الاهلية صحيحة يثاب عليها بل يجب على ولي امره ان يأمره بها حتى يتعود عليها ، وكذلك يحاسب على جنائياته حساباً يسيراً ، فتتخذ بحقه الاجراءات الوقائية والاصلاحية ولا يعامل في العقاب والاصلاح معاملة كامل الاهلية .

١. في مسلم الثبوت للعلامة البيهاري (١/١٠٩ وما بعدها) : الاهلية كاملة بكامل العقل والبدن فيلزم وجوب الاداء ، وقاصرة بقصور احدهما كالصبي العاقل ، والمعتوه البالغ ، والثابت معها صحة الاداء والتفصيل في الصبي : ان ما يكون مع القاصرة اما حق الله وهو ثلاثة حسن محض وقبيح محض ، وبين بين ، واما حق العبد وهو ايضا ثلاثة : نافع محض ، وضار محض ، ودائر بينهما ، والاول كالايمان لا يسقط حسنه وفيه نفع محض لانه مناط سعادة الدارين فيصح منه ، والحجر من الشارح لم يوجد ولا يليق به ، وضرر حرمان الميراث ، وفرقة النكاح لكفر القريب (بالنسبة للميراث) والزوجة ولو سلم فهو بالتبع ، وكم من شيء ثبت تبعاً لا قصداً كقبول هبة القريب من الصبي مع ترتب العتق والثاني كالكفر والقياس انه لا يصح لانه ضرر محض ، والثالث كالصلاة واخوانها راجع هذا المرجع لمزيد التفصيل .

٢. تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . (١١٨م / ٢) من القانون المدني الاردني .

٣. ونصت على ذلك المادة (١١٨م / ٢) من القانون المدني الاردني .

## الدور الرابع : دور البلوغ

فاذا بلغ الانسان عاقلا غير مصاب بعارض من عوارض الاهلية يعتبر ذا اهلية كاملة له ممارسة كافة حقوقه ، وتنتهي الولاية عليه ، وتجب عليه العبادة ويسأل عن الجنايات ، لكن الفقهاء اختلفوا في التحديد الزمني لبداية هذه المرحلة الاخيرة ، فقال جمهورهم : يعتبر كامل الاهلية اذا اكمل الخامسة عشرة من العمر ، ومع ذلك يمكن ان يبلغ قبل هذه المدة بسبب اختلاف التكوين الشخصي والمكان والزمان للذين يعيش وينشأ فيهما .

وقال ابو حنيفة رحمه الله وبعض المالكية : ان رشد الانسان يتحقق باكمال الثامنة عشرة من العمر، وبهذا الرأي اخذ المشرع الاردني (١) ، واكثر التشريعات العربية .

### عوارض الاهلية :

بعد بلوغ الانسان او بعد دخول سن الرشد (٢) قد تظهر عوارض وهي لا تأثير لها مطلقا على اهلية الوجوب بنوعيتها (الناقصة والكاملة) لانها صلاحية لا تتأثر بعوارض ويقتصر تأثيرها على اهلية الاداء بنوعيتها (الناقصة والكاملة) فهي قد تعدم اهلية الاداء ، وقد تجعلها ناقصة ، وقد يقتصر تأثيرها على تحديد تصرفات الانسان .

وفي ضوء ذلك يمكن تلخيص هذه العوارض (٣) وحصرها في ثلاثة انواع :

**النوع الاول :** ما يعدم اهلية الاداء ويجعل المصاب بهذا العارض عديم الاهلية كالجنون وما في حكمه ، وعندئذ يعتبر بمثابة الصبي غير المميز فيما له وفيما عليه .

**النوع الثاني :** ما ينقص اهلية الاداء الكاملة ، ويجعل كامل الاهلية بمنزلة الصبي المميز فيما له وفيما عليه ، كالسفاه بعد الحجر (٤) عند جمهور فقهاء الشريعة (٥) . ولكن يرى أبو حنيفة وفقهاء

١. وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة . (م ٤٣ / ٢) من القانون المدني الاردني .

٢. وقد تحدث هذه العوارض قبل البلوغ ، وقد تلد مع ولادة الشخص المصاب بالعوارض كالجنون والمعتوه .

٣. هذه العوارض كثيرة وقد نظمها السالمي في الفيته (٢٤٧) فقال : وتعتري اهلية الاداء ، عوارض جاءت من السماء، وهي الجنون، عته وصغر، رق ، ونسيان ونوم يخطر، والحيض والنفاس موت مرض ، وهكذا الاغماء حين يعرض ، وسفه وسفر مع هزل وبعضها مكتسب كالجهل، والسكر والخطأ، والجبر وقد اتي لكل واحد حكم يعد .

٤. الحجر أربعة اقسام : احدها يثبت وينفك بدون حاكم وهو حجر المجنون والمغمى عليه والثاني لا يثبت ولا يرتفع الا بحاكم وهو حجر السفه ، والثالث لا يثبت الا بحاكم وانفكاكه بدونه رايان وهو حجر المفلس ، والرابع يثبت بدونه وفي انفكاكه رايان وهو حجر الصبي اذا بلغ رشيدا والراجع انه لا يحتاج الى حكم الحاكم . وكل حجر يثبت بدون حاكم يسمى الشخص محجورا عليه لذاته .

٥. وبهذا الرأي اخذ المشرع الاردني في المادة (١٢٧ / ٢) مدني اردني ، وجاء في المادة (١٢٩) :- (يسري على تصرفات المحجور عليه للغة او السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من احكام ...)

مظاهرة عدم تأثير السفه على اهلية الاداء ، فقال ابو حنيفة (رح) لا يجوز وضع الحجر على الانسان بحجة السفه لان حماية كرامة الانسان اهم من حماية ماله .

وقال الظاهرية : السفه هو الذي لا يؤمن بالله وبشرائعه ورسله فلا يوجد السفه من بين المؤمنين حتى يوضع الحجر عليه .

**النوع الثالث :** عوارض لا تأثير لها على اهلية الاداء لا من حيث الاسقاط ولا من حيث التنقيص ولكن يحدد هذا النوع من تصرفات الانسان كمرض الموت فان المريض مرض الموت يعتبر كامل الاهلية ما دام متمتعا بالادراك والوعي الكاملين ، لكن تبرعاته فيما تزيد عن ثلث التركة موقوفة على اجازة ورثته (١) بعد وفاته شريطة ان يكون المجيز اهلا للتبرع وعالما ، بمقدار الزيادة .

---

١. راجع المادة (١١٢٨ / ١ و ٣) من القانون المدني الاربني



# القسم الثالث طرائق النصوص وطرق استنباط الأحكام

الفصل الاول ، النصوص باعتبار المعاني وضماً واستعمالاً.

الفصل الثاني ، دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً.

الفصل الثالث ، دلالة النصوص وضوحاً وخفاءً.



# الفصل الاول

## النصوص باعتبار المعاني وضاعاً واستعمالاً

اللفظ ان وضع لمعنى واحد على الانفراد دون الشمول والاستغراق يسمى خاصاً لخصوصيته في المعنى الذي وضع له .

وان وضع لمعنى واحد على الاشتراك بين جميع افراده يسمى عاماً .  
وان وضع لاكثر من معنى واحد يسمى مشتركاً لانه مشترك بين جميع معانيه دون اية خصوصية لواحد منها ، وان استعمل فيما وضع له حقيقة ، وان استعمل في غيره لعلاقة بينهما مع قرينه مانعة من ارادة الموضوع له فمجاز . ولاهمية هذه المصطلحات الاصلوية في تطبيق النصوص واستنباط الاحكام نفرد دراسة كل واحد منها بمبحث مستقل .

## المبحث الاول

### الخاص

#### تعريفه ، حكمه ، انواعه

**تعريفه :** الخاص كما ذكرنا انفاً هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الانفراد او (١) لعدد محصور وهو اما واحد بالشخص او واحد بالصنف ، او واحد بالنوع او واحد بالجنس .  
١. الواحد بالشخص هو اللفظ الموضوع (٢) لمعنى مشخّص ولا يشمل غيره كما في اسماء الاعلام واسماء الاشارة . فلو قال الولي لرجل زوجتك بنتي فاطمة يكون عقد الزواج منصبا على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته . ولو قال بعتك هذه السيارة مشيراً اليها امام المشتري ينعقد العقد عليها . ولا يجوز تسليم سيارة اخرى بدلاً عنها الا باتفاق الطرفين لانها خصصت بالاشارة (٣) .

١. في اصول البيهقي مع الكشف (٣٠/١) اما الخاص فكل لفظ وضع لمعنى واحد على انفراد وانقطاع المشاركة وكل اسم وضع لمسمى معلوم على الانفراد .
٢. الوضع : جعل اللفظ دليلاً على المعنى ولا يشترط مناسبة اللفظ للمعنى الذي وضع له .
٣. وذكرت هذه الاحكام في مواد متفرقة في القانون المدني الاردني ، اما من حيث تعيين المحل بالاشارة فقد ذكرت حكمه المادة (٤٦٦ / ٢) ونصها :- (يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان احواله ووصافه المميزة له واذا كان حاضراً تكفي الاشارة اليه) . واما من حيث عدم جواز الوفاء بغير المحل المعين بالاتفاق ما لم يرض الدائن بذلك فقد ذكرت هذا الحكم المادة (٣٢٩ / ١) ونصها :- (اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه دون رضا الدائن حتى لو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة أعلى) . فاذا رضي الدائن بذلك سمي اداء الدين بـ (الوفاء الاعتيادي) ويخضع لشروط العقد العامة (م ٣٤٠) وتسري احكام البيع على الوفاء الاعتيادي اذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة ، وتسري احكام الوفاء في قضاء الدين (م ٣٤١) .

ب. الواحد بالصنف ولو قال شخص لآخر بعثك طناً من الارز العنبر يكون محل العقد مخصصاً بصنف معين من الارز فلا يجوز تسليم صنف اخر بدلاً عنه الا باتفاق الطرفين واذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف . وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الحنطة او التمر او غيرهما من اصناف المحصولات الزراعية (١) .

ج. الواحد بالنوع فلو قال الموصي اوصيت لفلان باغنامي او ابقاري او غيرهما من اي نوع من انواع الحيوان يكون ما يملكه حين وفاته من الاغنام للموصى له ان لم تزد قيمتها عن ثلث التركة ، وتكون الزيادة موقوفة على اجازة الورثة ، ولا يجوز لمن ينفذ وصيته بعد الوفاة ان يسلم الى الموصى له غير الغنم مثلاً لان الموصي خصص الموصى به وحدده بالنوع .

د. الواحد الجنس فهو جنس جميع الانواع المندرجة تحته. كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريعات العراقية كل تصرف ينصب على العقار. باستثناء الوصية ، يكون باطلا ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري (٢) فلفظ عقار جنس خاص وضع لكل

١. واوردت هذا الحكم المادة (٢٢٩ / ٢) من القانون المدني الاردني :- ( اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن) .

٢. في المادة (٥٠٨) المدني العراقي رقم (٤٠) سنة ١٩٥١ ، بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة . واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون .

وفي المادة (٢ / ١٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ . لا ينعقد التصرف العقاري بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وينقل ملكية العقار في القانون المدني الاردني معلق على شرط التسجيل (الشكلية)، ويحمل العقد الابتدائي على انه تعهد بتقرير البيع امام الدوائر الرسمية وهو تعهد بتطبيق القانون. وهذا ظاهر من نص المادتين (١١٤٩) و (٤٩٧). أما الاولى فنصت على: ( التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمآن اذا أخذ احد الطرفين بتعهده سواء اكان التعويض قد اشترط في التعهد ام لم يشترط). ونصت الثانية على: (يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية بنقل الملكية على التسجيل الرسمي). والملاحظ أن المشرع سمى العقار مبيعاً قبل تسجيله وعلق انتقال الملكية على التسجيل فامكن لذلك اعتبار عقد البيع الابتدائي تعهداً بنقل الملكية، لان عقد التعهد استكمل عناصره، ولأن المدين لا يملك نقل الملكية وانما تنتقل الملكية بقوة القانون لحظة التسجيل، وقيام المدين بتسجيله هو تسليم حكمي للعقار المبيع.

فالتسجيل في القانون المدني الاردني شرط صحة وليس شرط انعقاد، لان التعليق كان لبيان لحظة انتقال الملكية ولم يكن الكلام؛ اشترط التسجيل لانعقاد العقد. جاء في قرار قضائي - تمييز حقوق اردني رقم ٢٣١ / ٧٥ : (ليس في القوانين المتعلقة بالاموال غير المنقولة ما يمنع من اجراء عقد تهديدي يتعهد فيه البائع بتقرير المبيع امام الدائرة الرسمية، وأن مثل هذا التعهد يعتبر جائزاً لانه تعهد بتطبيق احكام القانون الذي يوجب اجراء البيع لدى دائرة التسجيل) مجلة نقابة المحامين - ص ٥٤٨ سنة ١٩٧٦.

ما لا يمكن نقله الا (١) بتغيير وضعه القائم كالارض والاشجار قبل قلعها .

فاذا باع شخص عقاراً (داراً أو بستاناً) ثم حصل الخلاف بما يدخل في البيع وما لا يدخل على القاضي الرجوع الى المعنى القانوني للفظ العقار فان لم يوجد يعمل بالمعنى العرفي في بلده (٢) .

**حكمه :** اللفظ الخاص من حيث انه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالتة عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه الى التفسير الاجتهادي لان هذا التفسير عادة يكون لنص يحتمل اكثر من معنى واحد .

والمراد بالنص في القاعدة العامة (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) (٣) هو النص الخاص ، اما النص العام او المشترك فيجوز فيه الاجتهاد فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه والمشارك ايضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشترك .

ومن الامثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم : (مائة جلدة) في قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) (٤) : فلا يجوز للقاضي تبديل او تعديل هذه العقوبة لانها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية ، وكذلك من الخاص الفاظ . (النصف ، الربع ، والسدس ، والثلث) في قوله تعالى : (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين . وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) (٥) .  
ومن الخاص في النصوص القانونية عبارة (ثلاث سنوات) في المادة (٢/٥٤) من قانون العقوبات (٦) التي نصها (يصدر الأمر بايقاف العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح الحكم فيه

١ . اي بطريقة اعتيادية والا فالتكنولوجيا الحديثة هدمت هذا المعيار .

٢ . واوردن هذا الحكم المادة (٤٩٠) مدني اردني ونصها :- (يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما اعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم يذكر في العقد) .

٣ . المجلة المادة (١٤) . والمادة (٢ / ١) من القانون المدني الاردني .

٤ . سورة النور / ٢ .

٥ . سورة النساء / ١٢ .

٦ . الاردني رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٠ ، والقوانين المعدلة له حتى عام ١٩٩٦ .

قطعيًا ويجوز الغاؤه في أي من الحالتين ... (١) فهي تدل دلالة قطعية على جواز اصدار الحكم بالغاء ايقاف التنفيذ اذا ظهرت حالة من الحالتين الواردة في المادة (٥٤ / ٢) خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الحكم، كما تدل دلالة قطعية على عدم هذا الجواز اذا ظهرت احدى هاتين الحالتين بعد انتهاء هذه المدة. ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع. ان قطعية دلالة الخاص على الحكم (أو المعنى) انما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً ، اما باعتبار استعماله فإنه قد يجوز ان يستعمل مجازاً في معنى اخر لعلاقة بين المعنيين مع قرينة مانعة من ارادة الموضوع له. وعلى سبيل المثل لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصليبي ويجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينة كما اذا اوصى شخص ببعض من ماله لابناء شخص اخر لم يكن له الابناء ولكن له احفاد فان الوصية تنصرف اليهم لان القاعدة العامة تقضي بانه (اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) (٢) وهذا ما لا يتعارض مع قطعية دلالة الخاص باعتبار وضعه (٣) .

## انواع الخاص : (٤)

للخاص باعتبار صيغته وتعاييره بالارادة الظاهرة في النصوص وفي العقود وغيرها انواع كثيرة اهمها: الامر، والنهي، والمطلق، والمقيد ، لان الحكم المخصوص إما ان يكون مدلولاً عليه بصيغة الامر او النهي. او بصيغة مطلقة او مقيدة لذا من المفيد توزيع دراسته بهذا الاعتبار على ثلاثة مطالب: الاول في الامر، والثاني في النهي، والثالث في المطلق والمقيد .

١. وهما :- 1- اذا صدر على المحكوم عليه خلال هذه المدة حكم بالحبس لمدة تزيد على شهر واحد عن فعل ارتكبه قبل صدور امر ايقاف التنفيذ او بعد صدوره .

ب- اذا ظهر خلال هذه المدة ان المحكوم عليه كان قد صدر ضده قبل الامر بايقاف التنفيذ حكم كالمخصوص عليه في البند (1) من هذه الفقرة ولم تكن المحكمة قد علمت به .  
٢. المجلة المادة (٦١) .

٣. في اصول البرزوي مع كشف الاسرار (١ / ٧٩) : (اللفظ الخاص يتناول المخصوص قطعاً ويقيناً لما اريد به الحكم ولا يخلو الخاص من هذا في اصل الوضع . وان احتمل التغيير عن اصل وضعه (أي بطريق المجاز) ولكن لا يحتمل التصرف فيه بطريق البيان كونه بيناً لما وضع له) وعلق عليه صاحب الكشف قائلاً . وفيه اشارة الى ان دلالة الخاص على المخصوص باعتبار اصل الوضع . والوضع مقدم على الاستعمال وان احتمل التغيير اي يقبل ان يراد به غير موضوعه مجازاً اذا قام الدليل . بان يكون هناك قرينة مانعة من ارادة الموضوع له .

٣. وجه الحصر: ان صيغة الخاص اما طلبية وانشائية لفظاً ومعنى . او خبرية لفظاً وطلبية وانشائية معنى فعلى الاول ان كان طلب الفعل فامر وان كان طلب الترك فنهي ، وفي الصورة الثانية : المطلوب اذا كان ماهية غير محددة بنوع او صنف او فرد مما يندرج تحتها يكون الدال عليه مطلقاً وان كانت ماهية محددة بواحد منها يكون مقيداً .

## المطلب الاول

### الامر

عرف الاصوليون الامر بتعاريف متعددة وبتعابير مختلفة كلها (١) تدور حول نقطة جوهرية واحدة وهي ان الامر : طلب اداء من فعل (٢) أو امتناع (٣) على وجه الحتم والالزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .

وعلى هذا الاساس الاصل ان يكون الحكم المدلول عليه لامر الشارع (أو المشرع) هو الايجاب واثره الوجوب . والاداء المطلوب به هو الواجب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك (٤) لان الامر نوع من

١ . ومنها ما في كشف الاسرار (١ / ١٠١) من انه (اللفظ الدال على طلب الفعل بطريق الاستعلاء . واحتترز بلفظ الاستعلاء عن الالتماس والدعاء وهذا اقرب الى الصواب) . وقال امام الحرمين (البرهان ١ / ٢٠٣) (الامر هو القول المقتضي طاعة المأمور بفعل المأمور به) .

وفي المسودة لآل تيمية (ص٥) : (واذا وردت صيغة افعال من الاعلى الى من دونه متجردة عن القرائن فهي الامر . وفيها ايضاً (ص٤١) : (الامر لا بد ان يكون اعلى مرتبة من المأمور من حيث هو امر والا كان سؤالاً وتضرعاً ويسمى امراً مجازاً هذا قول اصحابنا والجمهور) .

٢ . كاقامة الصلاة واداء الزكاة في قوله تعالى (واقيموا الصلاة واتوا الزكاة) البقرة / ٤٣ . وكالتعاون على البر والتقوى في قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ، وكالاتفاق في سبيل الله في قوله تعالى (وانفقوا في سبيل الله) البقرة / ١٩٥ .

٣ . كالامتناع عن عقد البيع وكل معاملة اخرى من شأنها ان تحول دون اداء صلاة الجمعة كما في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وكالتجنب عن عبادة الاصنام والقول الزور في قوله تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) سورة الحج / ٣٠ والقاعدة العامة : (كل ترك فعل اذا قصد) .

٤ . في البرهان المرجع السابق (١ / ٢١٦) : (واما جميع الفقهاء فالمشهور من مذهب الجمهور منهم انه الصيغة التي فيها الكلام للايجاب اذا تجردت من القرائن) وفي المسودة لآل تيمية : الاصل في الامر الوجوب نص عليه في مواضع وبه قال عامة المالكية وجمهور الفقهاء . وفي شرح معالم الدين اصول الفقه الجعفري (ان صيغة الامر مثل افعال وما في معناه من صيغ الامر حقيقة في الوجوب فقط بحسب اللغة والعرف على الاقوى وفقاً لجمهور الاصوليين) وفي الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري (١ / ٢٨٧) : فما ورد في الاوامر والنواهي على الصنفين المذكورين فهو فرض ابداً ما لم يرد نص او اجماع على انه منسوخ او انه مخصوص او انه مندوب او انه بعض الوجوه الخارجة عن الالزام) .

انواع الخاص ، ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية ، ولكن قد يستعمل الامر لمعان اخرى عند وجود القرائن .

وقد ورد الامر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معان اخرى كثيرة (١) .

## صيغ الامر :

ان صيغ الاوامر والنواهي لم تأت على نمط واحد بل اتبع القرآن الكريم وكذلك الحديث الشريف اساليب بلاغية رائعة مختلفة وتفنن في صياغة النصوص الآمرة وفيما يلي الوان منها :

١. ومن هذه المعاني ما يلي :
- ١- التندب : كما في قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) سورة النور / ٣٢ .
- ٢- الاباحة : كما في قوله تعالى ( واذا حللتم فاصطادوا) سورة المائدة / ٢ .
- ٣- الارشاد : كما في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ..) ، وقال الظاهرية الامر في هذه الآية للوجوب .
- ٤- التهديد : كما في قوله تعالى (اعملوا ما شئتم انه بما تعملون بصير) فصلت / ٤٠ .
- ٥- الامتنان : كما في قوله تعالى (وكلوا مما رزقكم الله) المائدة / ٨٨ .
- ٦- الاكرام : كما في قوله تعالى (ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون) سورة النحل / ٣٢ .
- ٧- التكوين : كقوله تعالى (انما قولنا لشيء اذا اردناه ان نقول له كن فيكون) النحل / ٤٠ .
- ٨- التعجيز : كما في قوله تعالى (فاتوا بسورة من مثله) البقرة / ٢٣ .
- ٩- الدعاء : كقوله تعالى (ربنا اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين يوم يقوم الحساب) سورة ابراهيم / ٤١ .
- ١٠- الاعتبار : كقوله تعالى (انظروا الى ثمره اذا اثمر) الانعام / ٩٩ .
- ١١- الانذار : كما في قوله تعالى (قل تمتع بكفرك قليلا) سورة الزمر / ٨ .
- ١٢- التسوية : كقوله تعالى (فاصبروا او لا تصبروا) الطور / ١٦ .
- ١٣- التحقير : كقوله تعالى (القوا ما انتم ملقون) يونس / ٨٠ .
- ١٤- الاهانة : كقوله تعالى (ذق انك انت العزيز الكريم) سورة الدخان / ٤٩ .
- ١٥- التعجب : كقوله تعالى (انظر كيف ضربوا لك الامثال) الفرقان / ٩ ومن الجدير بالاشارة الى ان التعجب انما هو بالنسبة الى المخاطب دون الله .
- ١٦- التكذيب : كقوله تعالى (قل هاتوا برهانكم ان كنتم صادقين) البقرة / ١١١ .



- ١- صيغة الامر المعروف في علمي الصرف والنحو مثل (أوفوا) في قوله تعالى (يا ايها الذين امنوا أوفوا بالعقود) (١) ، (واوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولاً) (٢) و(كونوا) في قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط) (٣) و(تعاونوا) في قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) (٤) .
- ٢- صيغة الفعل المضارع المصدرية بلام الامر مثل (فليصمه) في قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) (٥) ، و (ليكتب) في قوله تعالى (يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل) (٦) ، و(لينفق) في قوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) (٧) .
- ٣- الجملة الخبرية المستعملة لمعنى الجملة الطلبية كما في (يرضعن) في قوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين) (٨) .
- ٤- تعابير اخرى كثيرة منها لفظ (كُتِبَ) كما في قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) (٩) ، وتعبير (فرض) كما في قوله تعالى (قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم) (١٠) وكلمة (على) كما في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) (١١) ، الى غير ذلك من الصيغ الاخرى (١٢) .

١. سورة المائدة / ١ .

٢. سورة الاسراء / ٢٤ .

٣. سورة النساء / ١٣٥ .

٤. سورة المائدة / ٢ .

٥. سورة البقرة / ١٨٥ .

٦. سورة البقرة / ٢٨٢ .

٧. سورة الطلاق / ٧ .

٨. سورة البقرة / ٢٣٣ .

٩. سورة البقرة / ١٨٧ .

١٠. سورة الاحزاب / ٥٠ .

١١. سورة ال عمران / ٩٧ .

١٢. تعرف الاوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من بطلان التصرف كما في عدم تسجيل العقار المبيع في التسجيل العقاري ، او تعويض كما في عدم استعمال العين المؤجرة او المعارة من قبل المستأجر والمستعير في الغرض الذي خصصت له العين ، او عقوبة كما في عدم تنفيذ المكلف ما اوجبه عليه القانون .

## مقتضى الامر هل هو الفور او التراخي وهل هو المرة أو الكرة ؟

فيه خلاف للعلماء من الفقهاء والاصوليين ولكن الرأي الراجح الذي استقروا عليه هو ان مقتضى الامر طلب الاداء من فعل او امتناع وان هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه ، اما الفورية في تنفيذه او التراخي والتأجيل فيه او ان الاداء مطلوب لمرة واحدة فقط او هو للتكرار ؟ كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الامر كعمل الرسول (ص) ، وقوله في بيان ذلك ، وكاجماع الفقهاء ، وغير ذلك (١) ، وعلى سبيل المثال :

أ- الأمر بالاستغفار والتوبة والرجوع الى الله بعد ارتكاب اي ذنب من الذنوب يكون على الفور كما في قوله تعالى (واستغفروا ربكم ثم توبوا اليه ان ربي رحيم ودود) (٢) بدليل قوله تعالى (وسارعوا الى مغفرة من ربكم) (٣) .

ب- الامر بالانفاق في سبيل الله في قوله تعالى (وانفقوا في سبيل الله) (٤) ، يكون تعجيله وتأخيره تابعاً لحاجة الناس الى الانفاق وقيام مصلحة عامة تتطلب هذا الانفاق عاجلاً او اجلاً .

ج- الامر بالحج في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) لمرة واحدة فكل حج بعدها مندوب .

---

١. في حصول المأمول من علم الاصول (ص٧٢) ذهب جماعة من المحققين الى ان صيغة الامر باعتبار الهيئة الخاصة موضوعة لمطلق الطلب من غير اشعار بالوحدة والكثرة ... ثم يقول والحق ان الامر موضوع لطلب الفعل وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور وطلبه على التراخي من غير ان يكون في اللفظ اشعار بخصوص كونه فوراً او تراخياً .. وقال الرازي في المحصول ج١ القسم الثاني / ص ٤٠ (الامر اسم لمطلق اللفظ الدال على مطلق الطلب) وقال البرزدي في اصوله مع الكشف (١/١٢٥) رداً على الغير (ولنا لفظ الامر صيغة اختصرت معناها من طلب الفعل) .

وقال الاسدي (الاحكام في اصول الاحكام ٢ / ٢٢) (والمختار ان المرة الواحدة لا بد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً ، والتكرار محتمل فان اقترن به قرينة اشعرت يارادة التكرار حمل عليه والا كان الاقتصار على المرة الواحدة كافياً) .

٢. سورة هود / ٩٠ .

٣. سورة آل عمران / ١٣٣ .

٤. سورة البقرة / ١٩٥ .

د- الامر بالصلاة والزكاة في قوله تعالى (واقموا الصلاة واتوا الزكاة) ، والتعاون على البر في قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) يكون للتكرار مدى الحياة وقد ثبت لك ايضا بالسنة النبوية والاجماع .. وبناء على ما ذكرنا فان صيغة الامر بمجردھا لا إشعار فيها بوحدة ولا تكرار ، والخلاف في ذلك يجب اهماله .

### حكم الامر الوارد بعد الحظر (١) :

امر الشارع غالباً غير مسبوق بالحظر لان كل ما يأمر به فهو حسن لذاته او لصفته الذاتية وفيه المصلحة او المنفعة العامة والخاصة والمحظور لغير عذر او لظرف طارئ، يكون قبيحاً لذاته او لصفة ذاتية ، ومع ذلك قد يكون مسبوقاً بحظر ولذا اختلفت الاراء في مدلوله في حالة وقوعه بعد هذا الحظر كما يلي :

أ- حكم المأمور به بعد الحظر هو الاباحة : بالاستقراء لانه ثبت بالاحصاء ان كل ما امر به الشارع بعد الحظر حكمه هو الاباحة .

ب- حكمه الوجوب : لانه حقيقته الشرعية سواء وقع بعد الحظر ام لا .

ج- حكمه السابق : الحكم الذي كان عليه المأمور به قبل الحظر من وجوب او ندب او اباحة او غير ذلك .

د- وفي رأينا يجب ان يفرق بين حظر لم يسبق بالامر وبين حظر طارئ مسبوق بالامر :

أ- فاذا كان الفعل لم يؤمر به قبل الحظر بل كان في اصله محظوراً فان حكمه الاباحة بالاستقراء التام حيث لا نجد حسبما اطلعت عليه امرا بعد الحظر الاصلي الا وهو للاباحة كما في زيارة القبور وادخار لحوم الاضحية وغيرها ، فمثلا زيارة القبور كانت محظورة في الاصل لان الزائر كان يقدر القبر تقديساً قريباً من الشرك فلما استقر الاسلام ومبادئه في عقول المسلمين قال الرسول صلى الله عليه وسلم (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها) (٢) .

---

١. كما في قوله تعالى (واذا حللتم فاصطادوا) ، (فاذا تطهروا فاتوهن من حيث امركم الله) ، (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض) .

٢. رواه مسلم ، سبل الاسلام ٢ / ١٥١ .

٢- اما اذا كان الحظر مسبقاً بالأمر وكان لمانع أو ظرف طارئ، فاذا أمر به بعد زوال العذر والمنع يرجع الى ما كان عليه قبل الحظر من وجوب أو نذر أو اباحة لان الحظر كان لمانع ، والقاعدة تقضي بانه : (اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع) (١) إذا زال العذر والظرف المانع يعود الى ما كان عليه وفقاً لقاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع) (٢) .

ومن الشواهد الدالة على هذه الحقيقة : ان الصيام واجب على المرأة المسلمة كما هو واجب على الرجل لكنه محظور عليها في حالة العادة النسائية وفيما بعد الولادة لفترة ، فاذا زال هذا الظرف العارض يجب عليها الاداء اي يرجع الى ما كان عليه قبل الحظر وهو الوجوب ، والاصطياد ، عمل مباح للانسان وسبب مشروع من اسباب كسب الملكية لكنه محظور على الحاج اثناء لبس الاحرام وقت اداء مناسك الحج ، فاذا تمت هذه المناسك وانتهى واجب الاحرام عاد العمل الى حكمه السابق وهو الاباحة كما نص على ذلك قوله تعالى (واذا حللتم فاصطادوا) (٣) وكذلك الحكم في قوله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فاتوهن من حيث امركم الله) (٤) .

---

١ . المجلة (م ٤٦) . والمادة (٢٢٧) من القانون المدني الاردني .

٢ . المجلة (م ٢٤) .

٣ . سورة المائدة / ٢ .

٤ . سورة البقرة / ٢٢٢ .

# المطلب الثاني

## النهي

النهي لغة : المنع ومنه تسمية العقل نهية لانه ينهي صاحبه عما يخالف الصواب ، وفي الاصطلاح له تعاريف متعددة (١) كلها تدور حول محور واخذ وهو ان النهي طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ، وبناء على ذلك الاصل في النهي هو انه حقيقة في الحرمة ، والفعل المطلوب تركه والكف عنه محرم .

---

١. ومنها : تعريف القاضي عضد (شرح مختصر المنتهي الاصولي ٢ / ٩٥) : حد النهي : انه اقتضاء كف عن فعل على جهة الاستعلاء .

وتعريف ابي اسحاق الشيرازي (اللمع ص ١٢) : هو القول الذي يستعدى به ترك الفعل ممن هو دونه .  
وتعريف الشوكاني : (ارشاد الفحول ص ١٠٩) : القول الانشائي الدال على طلب كف عن الفعل على جهة الاستعلاء .  
وفي لب الاصول (ص ٦٧) : النهي اقتضاء كف عن فعل لا بنحو كف ، أي بغير (كف) و (ذر) و (اجتنب) لان هذه الصيغ ونحوها لطلب الترك ايضا إلا انها تعتبر من الاوامر لا من النواهي .

واضافة الى هذا المعنى الحقيقي للنهي : فانه قد استعمل مجازا في معان كثيرة اخرى في الشرع (١) .

## صيغ النهي :

القرآن الكريم نهى الانسان عن جميع التصرفات التي تتضمن المفساد والمضار بصيغ متعددة وتعابير مختلفة وهي تدل على اسلوبه البلاغي الرائع المعجز ومن تلك الصيغ الآتي :

- ١ . ومن هذه المعاني ما يلي :
- ١- الكراهة : كما في قوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم) المائدة / ٨٧ .
- ٢- الارشاد : كما في قوله تعالى (لا تسالوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم) المائدة / ١٠١ وقال البعض : هذا النهي للكراهة كما ذكرنا سابقا .
- ٣- التحقير : كما في قوله تعالى (ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به ازواجا منهم زهرة الحياة الدنيا) طه / ١٣١ .
- ٤- بيان العاقبة : كما في قوله تعالى (ولا تحسبن الله غافلا عما يعمل الظالمون) سورة ابراهيم / ٤٢ .
- ٥- التأييس : كما في قوله تعالى (يا ايها الذين كفروا لا تعتذروا اليوم انما تجزون ما كنتم تعملون) سورة التحريم / ٧ .
- ٦- التصبير : كما في قوله تعالى (لا تحزن ان الله معنا) سورة التوبة / ٤٠ .
- ٧- الدعاء : كما في قوله تعالى (رينا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا) آل عمران / ٨ .
- ٨- التحذير : كما في قوله تعالى (فلا تموتن الا وانتم مسلمون) البقرة / ١٣٢ .
- ٩- التأمين : كما في قوله تعالى (ولا تخف انك من الامنين) القصص / ٣١ .
- ١٠- الوفاء والتعاون : كما في قوله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير) البقرة / ٢٣٧ .
- ١١- وهناك معان اخرى لا مجال لذكرها ، والراجح ان استعمال النهي في غير التحريم مبني على المجاز لانه حقيقة في التحريم ، في ارشاد الفحول (ص ١٠٩ - ١١٠) : (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي فذهب الجمهور الى ان معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق ويرد فيما عداه مجازا) .
- قال البزدوي في اصوله مع الكشف (١ / ٢٥٦) : (ومن هذا الاصل اي من الخاص النهي لانه خاص في التحريم كالامر خاص في الايجاب) .
- ١٢- وفي حصول المأمول من علم الاصول (ص ٧٦) : (واختلفوا في معنى النهي الحقيقي فذهب الجمهور الى ان معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق ويرد فيما عداه مجازا) .

- ١- الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية كما في قوله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) (١) (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده) (٢) (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل) (٣) (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق) (٤) .
- ٢- مشتقات مادة (تحريم) : كما في قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ... الاية) (٥) (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ... الاية) (٦) .
- ٣- مشتقات مادة (النهي) : كما في قوله تعالى (وينهى عن الفحشاء والمنكر) (٧) .
- ٤- نفي الحل كما في قوله تعالى (ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا) (٨) .
- ٥- اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب عليه كما في قوله تعالى (فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراؤن ويمنعون الماعون) (٩) .
- ٦- الاستفهام الانكاري : كما في قوله تعالى (افأنتن تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) (١٠) ، وغير ذلك (١١) .

- 
١. سورة الاسراء / ٣٢ .  
٢. الانعام / ١٥٢ .  
٣. سورة البقرة / ١٨٨ .  
٤. سورة الاسراء / ٣٣ .  
٥. سورة النساء / ٢٣ .  
٦. سورة المائدة / ٣ .  
٧. سورة النحل / ٩٠ .  
٨. سورة البقرة / ٢٢٩ .  
٩. سورة الماعون / ٤ - ٧ .  
١٠. سورة يونس / ٩٩ .  
١١. تعرف النواهي في القانون بالجزاء المترتب على فعل المنهي عنه من بطلان كبيع الاموال الاثرية ، او تعويض كاتلاف مال الغير ، او عقوبة كجريمة القتل .

## مقتضى النهي :

النهي بخلاف الامر لا خلاف في مقتضاه في انه للفور اي على الانسان لمكلف ان يكف عن الفعل المنهي عنه فوراً وبدون التراخي وكذلك لا خلاف في ان النهي للتكرار والاستمرار مدى الحياة لان في المنهي عنه مفسدة ومضرة يجب التجنب عنها ولأن الانسان اذا باشر الفعل المنهي عنه في حياته مرة واحدة يعتبر عاصياً .

## اثر النهي على المنهي عنه صحة وفسادا :

لا خلاف في ان التصرف المنهي عنه قبيح بذاته او لوصفة الذاتى او المقارن وبالتالي فيه مضرة عامة او خاصة ، وان تاثير النهي على هذا التصرف يختلف باختلاف خطورته وحجم الضرر العام او الخاص فيه ، وكذلك يختلف باختلاف طبيعة الفعل فهو قد يكون من الاعمال التي تعد من الجرائم ، كما قد يكون من العبادات والمعاملات المالية وغير المالية (١) .

١- الجرائم : النهي قد يدل على ان المنهي عنه من الجرائم وانه اعتداء اما على النفس كما في القتل في قوله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق) . او على الاعراض والانساب كما في قوله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) او على الاموال كما في قوله تعالى (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل) ، او على الامن والمصالح العليا للامة كالتجسس كما في قوله تعالى (ولا تجسسوا) ، او على الامن والاستقرار وراحة الناس كالفساد في الارض كما في قوله تعالى (ولا تبغ الفساد في الارض ان الله لا يحب المفسدين) ، او غير ذلك من التصرفات التي تعتبر جرائم .

اما اثر النهي عليها فانها تعتبر اسباباً لاستحقاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دنيوية من عقوبات الحدود والقصاص، او العقوبات التعزيرية فان لم يعاقب بدون عذر فانه يكون مستحقاً لعقوبة الآخرة امام الله، وازضافة الى هذه العقوبات فانها لا تترتب عليها الاثار الشرعية ففي السرقة والنهب والسلب وخيانة الامانة والرشوة لا يصبح الجاني مالكا للمال

---

١. في اصول الشاشي (ص ٢٨) : «النهي نوعان : نهي عن الافعال الحسية (اي المادية المدركة بالحس) كالزنا وشرب الخمر والكذب والظلم ... ونهي عن التصرفات الشرعية كالنهي عن الصوم في يوم النحر والصلاة في الاوقات المكروهة .. فالاول قبيح لعينه والثاني قبيح لغيره» .



وفي جريمة الزنا لا نسب ولا نفقة ولا مهر ولا عدة لان النهي عن هذه التصرفات الاجرامية  
انما هو لقبها الذاتي ومفسدتها ومضرتها فيقتضي عدم ترتب اي اثر شرعي عليها فهي من  
التصرفات الحسية القبيحة لذاتها .

ب- واذا كان المنهي عنه من العبادات فالنهي لا يمكن ان يتوجه الى ذات العبادة لان كل عبادة  
حسنة لذاتها فيها منفعة دنيوية او اخروية ولا يتصور النهي عنها لذاتها وانما لوصف لازم او  
غير لازم .

ففي النهي عن العبادة لوصف لازم كصوم يوم العيد تعتبر العبادة غير صحيحة عند  
جمهور الفقهاء ، وتكون مجزئة ومسقطا للتكليف عند الحنفية رغم فسادها بسبب النهي .  
ويترتب على هذا الخلاف ان من نذر على نفسه صوم يوم مثلا فيجب عليه الوفاء به فان صام  
يوم العيد لا يكون مجزئا ولا مسقطا عند جمهور الفقهاء لفساده فيجب عليه صوم يوم اخر  
خلافًا للحنفية القائلين بانه مجزئ ومسقط للمسؤولية لان النهي عن صيام يوم العيد ليس لذاته  
وانما للإعراض عن ضيافة الله .

وفي النهي عن العبادة لوصف غير لازم كالصلاة في دار مغصوبة او ثياب مغصوبة  
والوضوء بماء مغصوب ، فان جمهور الفقهاء قالوا : بصحة العبادة ولكن فاعلها أثم امام الله  
اي ديانة لا قضاء، وقال الظاهرية (١) والحنابلة (٢) ومن حذا حذرهم : العبادة باطلة للنهي عنها .

---

١. في الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري (٢ / ٢٠٧) : ومن صلى بثوب نجس او مغصوب وهو يعلم  
ذلك انه لا يجوز له ذلك الفعل ، او صلى في مكان نهى عن الاقامة فيه كمكان نجس ، او مكان مغصوب ، او  
في عطن الابل ، او الى قبر ، او من ذبح بسكين مغصوبة او حيوان غيره بغير اذن صاحبه ، او توضأ بماء  
مغصوب ، او بأنية فضة او باناء مغصوب ، او باناء ذهب .. فكل هذا لا يأتي فيه فرض فمن صلى كما ذكرنا  
فلم يصل ، ومن توضأ كما ذكرنا فلم يتوضأ الى اخره ( ... ) .

٢. وفي شرح الكوكب المنير (ص ٣٤٢) : النهي المطلق عن الشيء لعينه او وصفه او لمعنى في غيره كالنهي في  
عقد بيع بعد نداء جمعة ، والوضوء بماء مغصوب يقتضي فساد المنهي عنه شرعاً عند الامام احمد واكثر  
اصحابه والمالكية والظاهرية والجبائية ، وما لم يكن النهي لمعنى في غير المنهي عنه لحق آدمي كتلقي الركبان  
الى اخره .

ج- اذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات المالية فيكون تأثير النهي على التصرف كالآتي :

أولاً : اذا كان النهي لذات المنهي عنه وعنصراً من عناصره يكون التصرف (او العقد) باطلاً باجماع الفقهاء كالنهي عن التعامل بالميتة ، والخنزير ، والدم ، والمسكرات فلا يترتب على التصرف اي اثر شرعي .

ثانياً : واذا كان النهي لوصف لازم للمنهى عنه (اي وصف لا ينفك عنه) يكون العقد باطلاً ايضاً عند جمهور الفقهاء لان النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته او لعنصر من عناصره . وفرق الحنفية بين النهي عن تصرف لذاته او لعنصره وبين النهي عنه لوصفه اللازم وبنوا على هذا الاصل التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، واستحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح والعقد الباطل وقالوا : العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع باصله ووصفه . والصحيح ما كان مشروعاً باصله ووصفه ، والفاسد ما كان مشروعاً باصله وغير مشروع لوصفه وبذلك يكون للعقد باعتبار تكوينه واثاره خمسة اقسام : العقد الصحيح ، العقد غير الصحيح ، فالصحيح اما موقوف او نافذ غير لازم او نافذ لازم ، وغير الصحيح اما باطل او فاسد (١) ، وقال الجمهور بالتقسيم الرباعي على اساس ان الباطل والفاسد مترادفان مفادهما هو كل عقد تخلف فيه ركن من اركانه او شرط من شروطه دون تفريق بين أصله ووصفه ، وعلى سبيل المثل العقد الربوي باطل عند الجمهور ، وفاسد عند الحنفية لانه مشروع باصله كبيع توافرت اركانه وعناصره ، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو كونه مشتملاً على زيادة (فائدة) لاحد المتعاقدين على حساب الاخر دون مقابل ، فهذا الوصف فاسد لانه منهي عنه شرعاً لكونه مخللاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين ، وقال الجمهور كل عقد ربوي باطل لانه منهي عنه لوصفه اللازم وهو الفائدة الربوية .

وعلى ابو حنيفة (رح) (٢) جعله العقد الفاسد منزلة بين المنزلتين (٣) قائلاً : (أصل الماهية (٤) سالم عن المفسدة ، والنهي انما هو في الخارج عنها (٥) ، فلوا قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين

١. وبهذا التقسيم أخذ المشرع الأردني في المواد (١٦٧ - ١٧٦) من القانون المدني الأردني .

٢. راجع الفروق للقرافي الذي اورد فيه هذا الكلام لابي حنيفة (٢ / ٨٢ - ٨٤) .

٣. اي بين العقد الصحيح والعقد الباطل .

٤. اي ماهية العقد الفاسد وهي اركانه وعناصره (شروطه) .

٥. اي ان النهي لوصف خارج عن الماهية .

الماهية المتضمنة للفساد (١) وبين السالمة (٢) عن الفساد ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها (٣) والمتضمنة الفساد في صفاتها وذلك غير جائز فان التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد ، فتعين حينئذ ان يقابل الاصل بالاصل والوصف بالوصف فنقول : اصل الماهية (٤) سالم عن النهي ، والاصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى فيثبت لاصل الماهية الاصل الذي هو الصحة . ويثبت للوصف الذي هو الزيادة (٥) المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الاصل وهو المطلوب) .

وقد اثنى فقهاء القانون (٦) على صنيع ابي حنيفة هذا حيث انقذ كثيرا من المعاملات المالية من الانهيار وساعد على استقرارها باقرار العقد الفاسد بين الصحيح والباطل لانه يتحول الى العقد الصحيح تلقائيا بمجرد ازالة سبب الفساد بخلاف الباطل فانه يحتاج الى الاستئناف

---

١ . اي ماهية العقد الباطل لانها فاسدة وغير مشروعة .

٢ . اي ماهية العقد الفاسد لان ماهيتها سالمة عن الفساد وانما الفساد في وصفها .

٣ . وهو العقد الصحيح المشروع بذاته (اصله) ووصفه .

٤ . اي ماهية العقد الفاسد .

٥ . اي في العقد الربوي لان الزيادة فائدة ربوية محرمة بالنص .

٦ . مصادر الحق ٤ / ١٥٠ .

والتجديد بعد ازالة سبب البطلان ، وهذا من اهم ميزات التمييز بين الباطل والفاسد (١) .

ثالثاً : اذا كان النهي لوصف غير لازم (٢) : ومن امثلته : النهي عن البيع وعن كل معاملة مالية من شأنها ان تحول دون اداء صلاة الجمعة كما في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وكالنهي عن النجش (٣) ، وعن تلقي الركبان .

١. قال الحنفية للعقد الصحيح سبعة عناصر التي هي تعتبر اصل العقد وخمسة اوصاف مكملة لهذه العناصر التي يعتبر كل واحد منها وصفا للعقد فاذا تخلف عنصر من هذه العناصر يكون العقد باطلا ، واذا تحققت العناصر وتخلف وصف مكمّل يكون فاسدا ، قالوا : اركان العقد الايجاب والقبول لان صيغته تتكون منهما ، وتتطلب هذه الصيغة وجود عاقد يصدر عنه الايجاب والقبول ، ومعقود عليه بنصب عليه العقد ، وللايجاب والقبول شرطان :

التطابق واتحاد المجلس ، وللعاقد شرطان : التعدد (حقيقة او حكما) والعقل (او التمييز) ، وللمعقود عليه ثلاثة شروط : كونه موجوا مقدور التسليم ، وكونه معيناً او قابلاً للتعين ، وكونه صالحاً للتعامل ، وبذلك يحتاج العقد في صحته الى سبعة عناصر وهي تلك الشروط المذكورة ، فالثلاثة الاولى لا تحتاج الى وصف مكمّل بخلاف الاربعة الباقية :

١- عنصر التمييز الذي يتوقف عليه قيام الرضا يحتاج الى وصف مكمّل هو خلوه من عيب الاكراه .

٢- عنصر قدرة التسليم يحتاج الى وصف يكمله وهو خلو التسليم من الضرر .

٣- عنصر تعيين المحل او كونه قابلاً للتعين يحتاج الى وصف مكمّل وهو خلوه من الغرر .

٤- عنصر صلاحية المحل للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين : احدهما عدم الاقتران بشرط فاسد ، وثانيهما عدم وجود الربا (عدم وجود زيادة بدون مقابل لاحد العاقدين على حساب الاخر) .

وبذلك تكون اسباب فساد العقد عند الحنفية خمسة وهي الاكراه ، والضرر والغرر والشرط الفاسد ، والربا ، وفي رأينا ان اشتراط عدم الربا يدخل في شرط عدم وجود الشرط الفاسد لان الزيادة في العقد الربوي التي يشترطها من يبغى الحصول عليها . شرط فاسد كما ان شرط عدم وجود الغرر يرجع الى شرط عدم وجود الضرر .

٢ المراد بالوصف غير اللازم : وهو ان الوصف قد ينفك عن هذا التصرف بحيث كما يتحقق معه قد يوجد مع تصرف اخر ، فالحاق الضرر بالخطيب الاول من الخطيب الثاني بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن ان يتحقق بطريقة اخرى .

٣. النجش : بفتح النون وسكون الجيم : لغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد ، وفي الشرع : الزيادة في

ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغر بذلك غيره .

عن ابن عمر (نهى رسول الله عن النجش) سبل الاسلام ٣ / ٢٢٠ .

وعن بيع الحاضر للبادي (١) ، وعن بيع الرجل على بيع اخيه ، وعن خطبته على خطبة اخيه (٢) ،  
وعن بيع الشيء قبل قبضه (٣) .

وعن بيع العربان (٤) وعن التصرية للحيوان اذا اريد بيعه (٥) ، وغير ذلك من العقود المنهي عنها لا  
لذاتها ولا لوصفها اللازم وانما لوصف غير لازم وهو الحاق الضرر بالغير .

قال جمهور الفقهاء بصحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم (٦) ولكن فاعله أثم امام الله اي  
يسأل ديانة لا قضاء ، ولكن ان كان هناك غبن فاحش مقترن بالتغريب والتدليس يحق للمغبون طلب  
رفع الغبن او فسخ العقد (٧) .

١. تلقي الركبان هو الخروج عن المدينة واستقبال اهل القرى والارياف قبل ان يدخلوها ممن يجلبون محصولاتهم  
الزراعية والحيوانية وغيرها للبيع ويشترونها منهم دون علمهم بسعر السوق ، عن ابن عباس (رض) قال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد) سبل السلام ٣ / ٢٦ . سئل ابن  
عباس عن بيع الحاضر للبادي قال : لا يكون له سمسارا / نيل الاوطار ٥ / ١٨٥ .

٢. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولا تناجشوا ولا يبيع الرجل على بيع اخيه ، ولا يخطب على خطبته)  
المرجع السابق ٣ / ٢٩ .

٣. عن ابي هريرة (رض) ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله) رواه  
مسلم المرجع السابق ٣ / ١٩ ، وعن ابن عباس ان النبي (ص) قال (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه) .

٤. عن عمرو بن شعيب (قال نهى رسول الله عن بيع العربان) المرجع السابق ٣ / ٢١ .  
العربان : بضم العين وسكون الراء هو العربيون كأن يريد شخص ان يشتري مالا فيدفع له مقدما مبلغا فان  
اشتراه فهو جزء من الثمن والا فلا يسترده جزاء لاعراضه عن إكمال العقد وقد اختلف فيه الفقهاء : فقال  
مالك والشافعي العقد باطل لاقرانه بشرط فاسد وللغير ولما فيه من اكل مال الغير بالباطل .

٥. موضوع تصرية الحيوان سبق مفصلا عند بحث السنة النبوية في القسم الاول .

٦. اي خارج عنه ينفك عنه في بعض موارد ، في القواعد للعلائي (١ / ١٧١) : «النهي عن الشيء هل يقتضي  
فساده ؟ قاعدة مذهب الشافعي نعم ان كان لعين الشيء او لوصفه اللازم ، اما اذا كان الامر خارجاً عنه  
ينفك عنه في بعض موارد لم يقتض فسادا سواء كان ذلك في العبادات ام في العقود ، ام في الايقاعات ،  
فالاول كالصلاة بلا وضوء ، وبيع الملية ولخمر والخنزير ونكاح المحارم والثاني كصوم يوم العيد ، وبيع الطير  
في الهواء والسماك في اللجة ، ونكاح المتعة والشغار وعقد الربويات ، والثالث كالصلاة في الدار المغصوبة ،  
والبيع وقت نداء الجمعة ..» .

٧. لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع : اذا بايعت فقل لا خلافة (لا خديعة)  
ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فاربد) سبل السلام ٣ / ٤٦ .

وقال الظاهرية (١) والزيدية النهي (٢) يقتضي الفساد مطلقا سواء كان لذات المنهي عنه او لوصفه غير اللازم .

وفرق المالكية (٣) والحنابلة (٤) بين النهي عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق الله (٥) او المصلحة العامة (٦) ففي هاتين الحالتين يكون العقد باطلا ، وبين النهي رعاية لحق الفرد (الحق الخاص) (٧) والمصلحة الخاصة ، فعندئذ يحق لمن لحقه الضرر الخيار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة ايام من علمه بغيبه .

د- اذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات غير المالية كالزواج فان اثر النهي لذات المنهي عنه البطلان كزواج المحرمات تحريماً مؤبداً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة والدخول يعتبر جريمة الزنا في حالة العلم بالبطلان .

واذا كان النهي لوصف لازم يكون الزواج فاسداً : كزواج الشغار عن ابن عمر (رض) (نهي رسول الله عن الشغار) (٨) ، وزواج المحرم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ينكح المحرم ولا

- 
١. الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري ٣ / ٣٠٧ وما بعدها ، المحلى ٨ / ٤٥٣ .
  ٢. في ارشاد الفحول (ص ١١١) (والحق ان كل نهى من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعياً ، ولا يخرج من ذلك الا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي الى معناه المجازي لقول الرسول (ص) (كل امرئ ليس عليه امرنا فهو رد) ، وما كان مردوداً فهو باطل .
  ٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٢ / ٢٥١ ، المغني لابن قدامة ٤ / ٢٤١ .
  ٤. تصويبات الكوكب المنير (ص ٤٥) .
  ٥. كالتنهي عن البيع بعد النداء الى صلاة الجمعة ، ويقاس على البيع كل معاملة اخرى .
  ٦. كالتنهي عن بيع الحاضر لباد لانه يضر بمصلحة المستهلكين .
  ٧. اي لرعاية حق خاص يمكن استدراكه . فالبائع في ثاني الركبان يخير بين امضاء العقد مع قول الفين ، وبين فسخه اي ان البيع يتعقد صحيحاً نافذاً غير لازم رغم ان الطرف الرابع على حساب الآخر اثم امام الله . اي يسأل ديانة لا قضاء .
  ٨. الشغار كان يزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الاخر ابنته وليس بينهما صداق . سبل السلام ٣ / ١٩٥ .

ينكح) (١) ، وزواج المتعة ، عن علي (رض) : (نهى رسول الله عن المتعة عام خيبر) (٢) وإذا حصل الدخول في الزواج الفاسد ترتبت عليه الآثار التالية (٣) :

- ١- شرعية نسب الجنين الذي تكون من هذا الدخول حماية لمستقبل الطفل .
- ٢- وجوب المهر للمدخول بها تعويضا عن الضرر الابي الذي لحق بها بالدخول .
- ٣- وجوب العدة على المدخول بها منعا لاختلاط النسب .
- ٤- ثبوت المصاهرة بالدخول شأنه شأن الدخول الشرعي .
- ٥- سقوط عقوبة الزنا للشبهة .

وإذا كان النهي لوصف غير لازم فالزواج صحيح عند الجمهور (٤) والفاعل آثم كالزواج بعد الخطبة على خطبة الغير قال الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يخطب احدكم على خطبة اخيه) (٥) وعند ابن حزم (الزواج غير صحيح بناء على اصله كل نهى يقتضي الفساد) (٦) .

---

١. رواه مسلم ، المرجع السابق ٣ / ١٦٣ .

٢. المرجع السابق ٣ / ١٤٨ .

٣. بعد التفريق بين الرجل والمرأة اللذين اجتمعا بعقد زواج فاسد .

٤. في سبيل السلام (٢ / ١٤٨) : وأما العقد مع تحريم الخطبة فقال الجمهور يصح . وقال داود (اي داود الظاهري) بفسخ النكاح قبل الدخول ويعدده ...

٥. المرجع السابق ٣ / ١٤٨ .

٦. وهو يتفق مع داود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية .

## المطلب الثالث

### المطلق والمقيد

اولا : المطلق : حقيقته ، حكمه :

**حقيقة المطلق** : ذكرنا سابقاً ان الخاص هو الذي وضع لمعنى معين واحد تكون دلالته عليه قطعية فهو اما واحد بالشخص كاسماء الاعلام ، او واحد بالصنف كأرز عنبر ، او واحد بالنوع كالحنطة ، او واحد بالجنس كالجريمة .

ومن الواضح ان كلا من الواحد بالشخص والواحد بالصنف لا يندرج تحتها انواع او اصناف حتى يكون اللفظ الدال عليه مطلقا شاملا لانواعه واصنافه ولذا لا يصلح كل منهما لان يكون مطلقا .

اما الواحد بالنوع فانه يشمل ما يندرج تحته من الاصناف كما ان الواحد بالجنس يشمل على سبيل التناوب الانواع المدرجة تحته فكل منهما قبل تقييده بنوع معين او صنف معين يكون مطلقا يصلح لان يراد به كل نوع من انواعه او اي صنف من اصنافه على سبيل البديل والتناوب ، فلفظة (جريمة) موضوعة شرعا وقانونا وعرفا لكل فعل محظور يستحق فاعله العقاب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ودلالاتها على هذه الحقيقة قطعية . وهذا المضمون قدر مشترك بين جميع انواع الجرائم ومنها : جريمة الاعتداء على الاموال كالسرقة ، وجريمة الاعتداء على الاشخاص كالقتل ، وجريمة الاعتداء على الاعراض والنسب كالزنا وغيرها من انواع الجرائم الاخرى ، فاذا ذكرت دون تقييدها بواحدة منها تكون مطلقة تصلح لان يراد بها اي نوع منها على سبيل البديل والتناوب .

وكذلك لفظ (التمر) نوع من انواع المحصولات الزراعية تندرج تحته اصناف كثيرة فاذا ذكر دون تقييده بصنف منها يكون مطلقا شاملا لكل على سبيل التناوب .



ونستنتج من هذه المقدمة تعريفاً واضحاً بعيداً عن الغموض الذي يكتنف تعاريفه في المراجع القديمة والحديثة (١) وهو الآتي :

**المطلق** : لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة انواع او اصناف (او افراد) يصلح لان يراد به اي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد . وعلى سبيل المثل : اذا قيل فلان ارتكب جريمة ، او زرع زراعة او اشترى حيوانا او عمل تزويرا ، او باع سيارة او غرس نخلة يكون كل من (جريمة ، وزراعة وحيوان) مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من انواعه على سبيل المناوبة ، كما يكون كل من (تزوير وسيارة ، ونخلة) ايضاً مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب .

وبهذا التعبير يعتبر المطلق من الخاص باعتبار معناه ، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الانواع والاصناف كما سيأتي .

**حكم المطلق** : من المسلم به ان اللفظ اذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بقيد فالاصل ان يعمل به على اطلاقه (٢) ، ولا يجوز للمجتهد او القاضي ان يقيده ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة) (٣) .

- 
١. قال ابن الحاجب (مختصر المنتهى وشرحه ٢ / ١٥٥) ، المطلق ما دل على شائع في جنسه ، قال الآمدي (الاحكام ٢ / ١٦٢) وهو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه ، وقال ابن السبكي (جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٣٠) المطلق الدال على الماهية بلا قيد من وحدة او غيرها وقال العلامة البهاري (مسلم الثبوت ١ / ٢٨٨) المطلق ما دل على فرد منتشر وقال جماعة منهم الرازي المطلق الدال على الحقيقة من حيث هي هي . وقال عبد الوهاب خلاف (علم اصول الفقه ص ١٩٢) المطلق : هو ما دل على فرد غير مقيد لفظاً باي قيد . وقال عباس متولي حمادة (اصول الفقه ص ٣٩٨) ، المطلق ما دل على فرد او افراد شائعة . وفي المسودة لآل تيمية (ص ١٤٧) ذكر صاحب جنة الناظر انه اللفظ الدال على واحد لا بعينه .
  ٢. الاذن في الشيء اذن في ما يقتضي ذلك الشيء ايجابه فالوكيل بالبيع مطلقاً له قبض الثمن لانه من توابع البيع ومقتضاه وله تسليم المبيع بعد استيفاء الثمن .
  ٣. مجلة الاحكام العدلية المادة (٦٤) . والمادة (٢١٨) من القانون المدني الاردني .

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الاحوال الشخصية :

أ- العمل بمقتضى الاطلاق الوارد في قوله تعالى (وامهات نسائكم) (١) في التحريم اي حرم عليكم التزوج بامهات زوجاتكم سواء حصل الدخول ام لا ، لان النص ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول ، وقد اجمع فقهاء الشريعة على الاخذ بهذا الاطلاق حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن او في السنة على تقييده (٢) .

ب- وكذلك العمل بالاطلاق الوارد في قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا) (٣) فانه يدل على وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفي سواء دخل بها ام لم يدخل (٤) .

ومثل ذلك في الاطلاق ايات الموارث الواردة مطلقة عن قيد الدخول في ميراث احد الزوجين من الاخر فاذا مات أحدهما بعد الزواج وقبل الدخول يرثه الاخر وفقاً لاطلاق النص (٥) .

ومن تطبيقاتها في المعاملات المالية :

أ- الاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره (٦) لكن لو اطلق العقد حين الاستئجار ولم تكن النية موجهة الى شخص الاجير للقيام بالعمل بنفسه فللاجير ان ينيب غيره عن نفسه للقيام بالعمل (٧) .

ومن الجدير بالاشارة أن البيع المطلق يقترن به اللزوم ويتقيده بخيار الشرط يرتفع اللزوم .  
واطلاق الثمن يقتضي الحلول ، واذا شرط الاجل ارتفع الحلول .

١ . سورة النساء / ٢٣ .

٢ . وذكر المشرع الاردني هذا الحكم في المادة (٢٥) من قانون الاحوال الشخصية .

٣ . سورة البقرة / ٢٣٤ .

٤ . وذكر المشرع الاردني هذا الحكم في المادة (١٣٩) احوال شخصية ونصّها :- (النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل منهن إذا توفي أزواجهن يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرة ايام سواء دخل بهن ام لا) .

٥ . كما في قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد) النساء / ١٢ .

٦ . المجلة (م ٥٧١) .

٧ . المجلة (م ٥٧٢) . وفي القانون المدني الاردني : الماولة عقد يتعهد به أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر (م ٧٨٠) ، ويجب على الماولة انجاز العمل وفقاً لشروط العقد ...

(م ٧٨٥) . وفي المادة (٣٥٦) :- اذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته او نص الاتفاق على ان يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن ان يرفض الوفاء به من غيره .

ب- إذا كانت الاعارة مطلقة ولم يقيدھا المعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة (١) .

ج- في عقد المضاربة المطلقة يكون المضارب مأذوناً بالعمل في مستلزمات المضاربة والامور التي تتعلق بها ، ويجوز له البيع والشراء بنقد ، ونسيئة وتحديد اجل معتاد ، وله التوكيل والحوالة ، والسفر الى بلد اخر للمعاملات التجارية (٢) .

د- في الوكالة بالبيع المطلق للوكيل ان يبيع مال موكله بالثمن الذي راه مناسباً لكن ليس له ان يبيع بانقص مما عينه الموكل (٣) .

### ثانياً : المقيد حقيقته ، حكمه :

بعد معرفة حقيقة المطلق تكون حقيقة المقيد واضحة لدي كل من يستوعب المطلق لان المقيد عبارة عن المطلق مع اضافة قيد أو أكثر يقلل من شيعه ويبين ان المراد منه نوع من انواعه او صنف من اصنافه او غير ذلك .

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق :

أ- قوله تعالى (من قتل نفساً بغير نفس او فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعاً) (٤) فقيد القتل المحرم بان يكون بغير حق فاذا كان بحق كالقصاص او منع إنتشار الفساد في الارض فانه لا يعتبر جريمة موجبة للعقوبة .

ب- قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله) (٥) فقيد القتل الموجب لتحرير الرقبة والدية بان يكون خطأ وقيد الرقبة بان تكون مؤمنة .

---

١. المجلة (م ٨١٩) . والحكم ورد في المادة (٧٧٢ / ١) من القانون المدني الاردني :- (للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الاعارة المطلقة التي لم تقيد بزمان او مكان او بنوع من الانتفاع) .

٢. المجلة (م ١٤١٤) . والحكم ورد في المادة (٦٢٥ / ١) من القانون المدني الاردني :- (إذا كان عقد المضاربة مطلقاً اعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شؤون المضاربة وما يتفرع عنها وفقاً للعرف السائد في هذا الشأن) . فقيد هذا الاطلاق بالعرف .

٣. المجلة (م ١٤٤٩) .

٤. سورة المائدة / ٣٢ . والحكم ورد في المادة (٨٥٢ / ٢١) من القانون المدني الاردني :- (١- للوكيل الذي وكل ببيع مال موكله بصورة مطلقة أن يبيعه بالثمن المناسب . ٢- وإذا عين له الموكل ثمن المبيع فليس له أن يبيعه بما يقل عنه) .

٥. النساء / ٩٢ .

ج- قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) (١) فقيد تحريم بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بقيد الدخول ، اما اذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول فيحق له ان يتزوج بنتها التي هي من زوجها السابق .

د- قوله تعالى (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين) (٣) فالوصية في هذه الاية وردت مطلقة شاملة للوصية بكل التركة او ببعضها . لانها تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض مطلقا الا ان السنة النبوية بينت ان هذا الاطلاق غير مراد وقيدها بالثلث فقد روى عن سعد بن ابي وقاص (رض) انه قال : قلت يا رسول الله انا ذو مال ، في رواية كثير المال لا يرثني الا ابنة واحدة أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا ، قلت أفأتصدق بشطره (نصفه) ؟ قال : لا ، قلت أفأتصدق بثلثه ؟ قال : الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك : اغنياء خير من ان تذرهم عائلة (٤) . يتكفون (٥) الناس (٦) .

ونستنتج من هذا ان القيد الذي يقيد المطلق لا يشترط ان يكون في نفس النص المطلق او من نوعه بل يجوز تقييد اطلاق القرآن بالقرآن والسنة . وتقييد السنة بالقرآن وبالسنة وتقييد كليهما بالاجماع او القياس او العرف (٧) او المصلحة العامة الشرعية في ميزان الشرع .

ولهذه الصور من التقييد تطبيقات كثيرة في الفقه الاسلامي لا مجال لذكرها ومن النصوص القانونية التي ورد فيها تقييد المطلق :

١. النساء / ٢٣ .
٢. والسر في حرمة ام الزوجة بمجرد عقد التزوج ببنتها وان لم يدخل الزوج بها ، وفي عدم حرمة ابنة زوجته من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج هو ان الزوج بحاجة الى الخلوة مع ام زوجته بعد زواجه لاكمال متطلبات هذا الزواج ، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس .
٣. سورة البقرة / ١٨ .
٤. جمع عائل هو الفقير .
٥. اي يسألون الناس باكفهم .
٦. الحديث متفق عليه ، سبل السلام ٣ / ١٣٧ .
٧. قال السيوطي (الاشباه والنظائر (ص ١٠٩) : (قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ، يرجع فيه الى العرف ومثله بالحرز في السرقة ، والفرق في البيع ، والقبض وقت الحيض وقدره، والاحياء ، والاستيلاء. في الغصب الى آخره) .

أ- ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها فالمنع مقيد بحالة عدم الرضا (١) .

ب- الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية او جنحة اذا اوقف او خاب اثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها (٢) . فقيد المشرع الفعل بان يكون بقصد ارتكاب جناية او جنحة وهذا يدل على انه لا شروع في المخالفات ، وقيد الاسباب بان لا دخل لارادة الفاعل فيها والا فلا يعتبر الشروع جريمة معاقبا عليها .

ج- لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو (٣) ، فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل اما قبله فانه جائز .

## حكم المقيد :

كما أن من الواجب ان يأخذ الفقيه والقاضي والمفتي باطلاق المطلق حتى يثبت دليل على تقييده كذلك يجب عليهم رعاية القيد الوارد في النص المعتبر في الحكم بحيث يطبق الحكم الوارد فيه اذا تحقق هذا القيد ، ويسمى الحكم منطوق النص ، وان تخلف فيجب تطبيق نقيض هذا الحكم الذي يسمى مفهوم المخالفة ، ويأتي بيانها مفصلا باذن الله .

فحكم تزوج الرجل من بنت زوجته هو الحرمة والبطلان اذا دخل بامها ثم حصلت الفرقة بينهما ، اما اذا تخلف قيد الدخول الذي ورد في قوله تعالى (من نساكنم اللاتي دخلتم بهن) قبل الفرقة بينهما فان الحكم هو الحل والصحة .

فلا يجوز بأي حال من الاحوال اهمال القيد الوارد في النص اذا كان معتبرا في الحكم .

## حمل المطلق على المقيد :

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقا فقط او مقيدا فقط ، ولكن ما الحكم اذا ورد لفظ في نص مطلقا وفي نص اخر مقيدا . الشقوقات المتصورة ثلاثة :

١. واوردت هذا الحكم المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية الاردني ونصها :- (على من له اكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهما في المعاملة وليس له اسكانهن في دار واحدة الا برضاهن .
٢. راجع المادة (٦٨) من قانون العقوبات الاردني رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٠ .
٣. المادة (١٤٩) من القانون العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

- ١- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيدا والعمل بالنصين على اساس رعاية القيد .
- ٢- استقلال كل عن الاخر وابقاء المطلق على اطلاقه ، والمقيد على تقييده دون ان يتأثر احدهما بالآخر .
- ٣- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقا ايضا والعمل بالنصين على اساس الغاء القيد ، هذا الشق الاخير الذي ذهب اليه البعض (١) ليس قميئاً بالبحث لانه رأي شاذ ، والشقان الاخران يطبقان في ضوء ارجاع مدى صلة المقيد بالمطلق الى صورة من الصور الاربع الآتية :
  - ١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم .
  - ٢- مختلفان في الحكم والسبب .
  - ٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب .
  - ٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب .

---

١. في جمع الجوامع وشرحه (٣/٢) : (وقيل يحمل المقيد على المطلق بان يلغى القيد لان ذكر المقيد ذكر لجزئي المطلق فلا يقيد كما ان ذكر فرد من العام لا يخصه) .

**الصورة الاولى** وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب ففيها يحمل المطلق على المقيد بالاجماع اذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخرا عن العمل بالمطلق (١) .

وإذا كانا منفيين او كان المقيد متأخرا عن العمل بالمطلق فحمل المطلق على المقيد مختلف فيه : فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض فقالوا : يعمل بهما اذا كانا منفيين (٢) ، ويعتبر المقيد ناسخا للمطلق ان تأخر عن العمل به ، والراجع هو قول الجمهور .

١ . قال الآمدي (الاحكام ٢ / ١٦٣) : (فان كانا مثبتين فلا نعرف خلافا في حمل المطلق على المقيد وان كانا منفيين او نهى عنهما لا خلاف في العمل بمدلولهما) وفي قوله فلا نعرف خلافاً محل نظر لان هذا رأي البعض والجمهور على خلاف ذلك .

واشترط الحنفية اضافة الى شرط كونهما مثبتين ان لا يثبت تأخر المقيد عن المطلق في التشريع بان علم بتشريعهما معا او جهل التاريخ والا فان علم التأخير فالمقيد ناسخ وان ورد قبل العمل بالمطلق ، قال البهاري (مسلم الثبوت ١ / ٢٩٠) : (فان كانا منفيين فيعمل بهما اتفاقا وان كانا مثبتين فان وردا معا حمل المطلق على المقيد ضرورة ان السبب الواحد لا يوجب المتنافيين في وقت واحد . والمعية قرينة البيان ، وان جهل فكذاك لعدم الترجيح فيرجح البيان ، وان علم المتأخر فالمقيد المتأخر ناسخ عندنا اي ايجاب للمقيد ورفع (الغاء) للاطلاق المراد اولاً) .

ويتفق الشافعية مع الحنفية في ان المقيد المتأخر ناسخ لكن بشرط ان يتأخر عن العمل بالمطلق بان لا يكونا في تشريع واحد او زمن واحد ، قال ابن السبكي (جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٢٣) : (انهما ان اتحد حكمهما وموضوعهما وكانا مثبتين وتأخر المقيد عن وقت العمل بالمطلق فالمقيد ناسخ للمطلق والا فان تأخر عن وقت الخطاب (التشريع) بالمطلق دون العمل . او تأخر المطلق عن المقيد مطلقاً ، او تقارنا او جهل تاريخهما حمل المطلق على المقيد جمعا بين الدليلين .. وان كانا منفيين بقيد المطلق بالمقيد عند القائل بحجية مفهوم المخالفة وهو الراجع) .

وعند جمهور الفقهاء لا يوجد هذا التفصيل والتفريق بل يحمل المطلق على المقيد اذا اتحدا حكما وسببا وعلى سبيل المثل قال المالكية (مفتاح الوصول الى علم الاصول ص ١٠٧) اذا اتحدا في الحكم والسبب فلا خلاف في ان يحمل المطلق على المقيد .

وكذا قال القرافي في شرح تنقيح الفصول ص ٢٦٦ . وفي مفتاح الوصول (ص ١٠٧) : فاما ان اتحدت (اي صورة التقييد) في السبب والحكم فلا خلاف انه يحمل المطلق على المقيد كقوله (ص) : (لا نكاح الا بولي وصداق وشاهدين) وفي رواية اخرى (لا نكاح الا بولي وصداق وشاهدي عدل) فانه يجب تقييد الشهود بالعدالة .

٢ . اي عند القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة اما عند القائلين بها فيقيد المطلق بالمقيد كما لو كانا مثبتين ، جمع الجوامع وشرحه .

**تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم :** ان كلمة (دم) وردت مطلقة تارة ومقيدة بـ (مسفوح) تارة اخرى ، قال سبحانه وتعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير .. الاية) (١) قال تعالى في اية اخرى : (قل لا اجد في ما اوحى الي محرماً على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دماً مسفوحاً) أي سائلاً (٢) ومتحولاً من مكانه الاصيلي الى مكان آخر .

فالمطلق والمقيد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم ، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضرًا بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الاصيلي ، لانه كما ثبت في الطب الحديث يعتبر اخصب وسط لنمو الجراثيم ، اضافة الى انه يحمل افرازات سامة (٣) ، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان المراد من الدم الوارد مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح ، وان ما ورد في سورة الانعام هو بيان لهذا المراد .

اما اذا لم يكن مسفوحاً بان يتعاطاه الانسان مع اللحم والعظم او بان يسحب من جسم شخص الى قنينة ومنها الى شخص اخر كما هو المتبع في المستشفيات في الوقت الحاضر فانه ليس محرماً لانه ثبت بالتجربة عدم مضرة الدم في هذه الحالة بل هو مفيد بحيث ينقذ حياة المريض احياناً ، والتحريم للمضرة ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا (٤) .

١. سورة المائدة / ٣ .

٢. سورة الانعام / ١٤٥ .

٣. الاسلام والطب الحديث للدكتور عبد العزيز اسماعيل نقلا عن الاستاذ زكي الدين شعبان ، اصول الفقه الاسلامي ص ٣١ .

٤. ومن تطبيقات هذه الصورة في القانون المدني الاردني ما جاء في المادتين (١٤٥ و ١٤٨) ، حيث ورد التغيير في المادة (١٤٥) مقيداً بقيد الغبن الفاحش ليكون عيباً من عيوب الرضا وبالتالي يثبت حكم عدم اللزوم بحق من غرر به وجاز له لذلك فسخ العقد . ونص المادة :- (اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تمّ بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد) ، بينما ورد التغيير مطلقاً في المادة (١٤٨) ونصها :- (اذا صدر التغيير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغيير وقت العقد جاز له فسخه) ، فلا يصح القول بان المشرع الاردني جعل من التغيير وحده عيباً من عيوب الرضا او تعارض مع ما ذكره في المادة (١٤٥) ، بل يحمل المطلق على المقيد ، اي يحمل الاطلاق الوارد في (م ١٤٨) على التقييد الوارد في (م ١٤٥) ليكون مقصود المشرع في (م ١٤٨) هو التغيير المقترن بالغبن الفاحش .



## الصورة الثانية :

ان يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه : وحكم هذه الصورة اجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يرفع بالتقييد ، ولعدم توافر اية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد .

ومن تطبيقات هذه الصورة كلمة (يد) وردت آية الوضوء لاقامة الصلاة مقيدة بقيد (المرافق) فقال سبحانه وتعالى (يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق) (١)، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) (٢) ، فهاتان الآيتان رغم ورودهما في سورة واحدة الا ان كل واحدة منهما عالجت حكما لا صلة له بالحكم الموجود في الاخرى ، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد وسببه التطهر لاقامة الصلاة وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق ، وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير ، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي ان يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد ، وانما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف) .

## الصورة الثالثة :

ان يتحد المطلق والمقيد في الحكم ويختلفان في السبب :

اختلف فيهما الفقهاء فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيهما لعدم التعارض حتى يرفع بالحمل في حين ذهب البعض الى حمل المطلق فيهما على المقيد كما في الصورة الاولى (٣) .

١- من تطبيقات الصورة الثالثة (الاتحاد في الحكم والاختلاف في السبب) : في القرآن الكريم : اطلاق الشاهد في شهود المدائنة وتقييده بالعدل في شهود الطلاق والرجعة ، ففي المدائنة بدين مؤجل بعد ان امر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله (يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ...) قال زيادة للتوثيق (واستشهدوا شهيدين من

١. سورة المائدة / ٦ .

٢. سورة المائدة / ٣٨ .

٣. على اساس انه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط او وحدة الحكم فقط . في المسودة لال تيمية (ص١٤٤) : (وحمل المطلق على المقيد اذا اختلف السبب واتحد جنس الواجب كتقييد الرقبة بالايمان في كفارة القتل واطلاقها في غيرها وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية) .

رجالكم) (١) ولم يشترط ظاهراً ان يكون هذان الشاهدان عادلين بل ترك الامر مطلقاً فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين .

وفي سورة الطلاق بعد ان امر ان يكون الطلاق وقت العدة اي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة بأن لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً بل تكون في طهر . لم يعاشرها فيه ، قال تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) قال (فاذا بلغن اجلهن (٢) فامسكوهن بمعروف (٣) أو فارقوهن بمعروف (٤) واشهدوا ذوي عدل منكم) (٥) امر بان يكون الشاهدان عادلين ، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق او الرجعة ، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المداينة فمن اعتبر في الاعتداد بشهاداتهم العدل حمل المطلق في أية المداينة على المقيد في أية الطلاق او الرجعة سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور ام واجبة .

ومن الواضح ان السبب في كل من المطلق (شهود المداينة) والمقيد (شهود الطلاق أو المراجعة) مختلف ففي المطلق السبب هو المداينة الى اجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين الدائنين والمدينين .

---

١. سورة البقرة / ٢٨٢ .

٢. اي قارين من انقضاء العدة .

٣. أي المراجعة بالمعروف .

٤. اي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن انفسهن .

٥. سورة الطلاق / ٢ . والحاصل : ورد تقييد الشهود بالعدل في سورة الطلاق في قوله تعالى (واشهدوا ذوي

عدل منكم) وورد مطلقاً في سورة البقرة في قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فالحكم في

النصين واحد سواء كان وجوباً او ندباً ولكن السبب يختلف فسبب الاشهاد في النص المقيد الامسك

بالمعروف او التسريح بالاحسان بعد الطلاق الرجعي ، وسببه في النص المطلق هو الدين المؤجل فقال البعض

كالامام الاوزاعي يحمل المطلق على المقيد انظر فقه الامام الاوزاعي تحقيق د. عبد الله الجبوري ١ / ٤٩٥ ،

فتح الباري كتاب الظهار ١١ / ٤٧٨ .

وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء (١) والرجعة كما قال البعض الآخر (٢) وحكمة اشتراط الاشهاد الا يقع بين الزوجين التجاحد ، والا يتهم الزوج بامساكه دون علاقة زوجية ، ولئلا يموت احدهما فيدعي الباقي على قيد الحياة ثبوت الزوجية ليرث .

والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الاشهاد كما قال البعض ، وندبه كما قال الجمهور .

## الصورة الرابعة :

ان يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد ، وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة ، ويبدو ان اكثر الفقهاء يميلون الى عدم الحمل وابقاء المطلق على طلاقه والمقيد على تقييده دون ان يتأثر المطلق بالمقيد لاختلاف الحكم وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى يرفع بالحمل ..

---

١. اختلف الفقهاء في امرين : احدهما هل الاشهاد يرجع الى الطلاق المذكور في صدر الآية او الى الرجعة المذكورة في قوله تعالى (فامسكوهن بمعروف) : قال الجمهور يرجع الى الرجعة لانها اقرب والمقيد اذا دار بين القريب والبعيد يحمل على القريب .

وقال فقهاء الجعفرية ومن وافقهم القيد يرجع الى الطلاق ، والاشهاد ركن من اركانه ففي الروضة البهية واللمعة الدمشقية (٢ / ١٥٤) : (اركان الطلاق اربعة : الصيغة ، والمطلق والمطلقة والاشهاد على الصيغة) .

وفي تفسير القرطبي (الاحكام لاحكام القرآن) (٨ / ١٥٧) : في تفسير قوله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) : (امر بالاشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه الى الرجعة لا الى الطلاق) .

وثانيهما اختلف القائلون بان الاشهاد للرجعة في انه شرط الصحة او الامر للاستحباب .

قال القرطبي (المرجع السابق) : فان راجع من غير اشهاد ففي صحة الرجعة قولان للفقهاء .

وقال ايضا : واختلف الناس هل الشهادة فرض او نذب والصحيح انها نذب .

والذي ظهر لنا من المراجع المعتمدة ان الاشهاد واجب في احد قولي الامام احمد وفي القول القديم

للسايفي الاعانة على فتح العين ٤ / ٢٩ ، ومنذوب عند جمهور الفقهاء .

٢. قال الجمهور في الرجعة الاشهاد منذوب لجواز الرجعة بالفعل كالمعاشرة الجنسية او التقبيل .

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم : ان الله سبحانه وتعالى امر بغسل الوجه واليدين الى المرفقين عند اقامة الصلاة اذا وجد الماء زائداً عن حاجة الانسان له ، وفي حالة لا يضر استعماله بصحة الانسان كما في ظرف الجو البارد ، او في حالة المرض ، او عند وجود جرح ، او كسر في اليد ، وفي حالة وجود عذر من هذه الاعذار امر بالتيمم ، فقال (يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين ، وان كنتم جنبا فاطهروا ، وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا (١) فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه ... الآية) (٢) .

ففي هذه الآية كما هو واضح قيد غسل اليد بان يشمل المرفق بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الامر مطلقا .

فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو اقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق .

ويعد هذا العرض يمكن ان نستنتج الخلاصة الاتية : اذا كان كل من الحكم والسبب واحدا في كليهما يجب حمل المطلق على المقيد ، واذا كان كل منهما مختلفا في كليهما لا يجوز الحمل وفيما عدا هاتين الصورتين يترك الامر لتقدير القاضي .

ولكن القاضي في بعض الحالات ملزم بحمل المطلق على المقيد رغم عدم اتحاد السبب او الحكم اذا رأى ان العدالة تقتضي ذلك كما في المادتين (٨ ، ٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي (٣) ففي المادة (٨) منَعُ الولي تزويج موليته منعا غير مبرر بما هو جدير بالاعتبار يجعله عاضلا فيكون ذلك سببا لانتقال الولاية الى القاضي كما هو رأي فقهاء الشريعة (٤) .

---

١. اي ترابا نظيفا .

٢. المائدة / ٦ .

٣. الرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل .

٤. نص الفقرة الاولى من المادة الثامنة (اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يآذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي . فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج) .

وفي المادة (٩) (١) منع الولي يكون سببا لعقوبته بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريباً من الدرجة الأولى فالسبب في النصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليته ، والحكم فيهما مختلف لانه في المادة (٨) انتقال الولاية الى القاضي وفي المادة (٩) حكم القاضي بالعقوبة ، والمنع (أو الاعتراض) ورد في النص الاول مقيدا بقيد (غير جدير بالاعتبار) ، ومفهوم مخالفته ان المنع اذا كان مبررا بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية الى القاضي ، وبالتالي لا يحق له الاذن بالزواج . وورد المنع في النص الثاني مطلقا عن هذا القيد ، رغم ذلك على القاضي ان يقيد به فلا يحق له ان يحكم بالعقوبة اذا كان المنع مبررا بما هو جدير بالاعتبار كأن يكون الزوج غير كفه للبنات وان الزواج يضر بمصلحتها او بسمعة العائلة .

## تكييف تقييد المطلق

اختلف الاصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد هل هو بيان للمراد من المطلق ، أو تأويل أو فسخ؟

١- قال الحنفية والشافعية : اذا تأخر المقيد عن العمل بالمطلق يكون ناسخا بل الحنفية ذهبوا الى اكثر من ذلك فقالوا اذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخا للاطلاق وان لم يعمل به قبل النسخ .

ب- وقال المالكية : التقييد تأويل (٢) والتأويل هو العدول من المعنى الظاهر المرجوح الى المعنى الراجح لدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحا في احدهما ومرجوحا في الاخر .

١. نص الفقرة الاولى والثانية من المادة التاسعة :

١- لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج .

٢- يعاقب من خالف احكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريباً من الدرجة الأولى أما اذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات) .

٢. قال التلمساني المالكي (مفتاح الوصول في علم الاصول ص ١٠٧) : (التأويل الثامن التقييد) .

جـ وقال جمهور الاصوليين : التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما ان التخصيص بيان للعام ، فالشارع اذا لم يرد بالمطلق اطلاقه يذكره في مجال اخر مقيدا اشعارا بان المراد من المطلق هو المقيد ايضا . والراجح هو هذا الاتجاه الأخير لان البيان من الشارع والتأويل من المجتهد فما دام المطلق والمقيد من الشارع لا يعتبر التقييد تأويلا وانما يقصد به البيان ، ثم ان التقييد لا ينطبق عليه تعريف النسخ (١) اضافة الى ذلك فان هذا الخلاف اشبه بالشكلي واللفظي لأن المأل واحد وهو عدم شمول الحكم الوارد في المطلق لما يخرج منه بتقييده سواء سميناه ذلك بيانا ام تأويلا ام نسخا فلا تغير التسمية الواقع ، ولا تؤدي الى ترتب اثار مختلفة .

---

١ . ولان التأويل خروج عن الاصل والبيان يقتضيه فهم الاصل .

# المبحث الثاني

## العام وصيغه ، والتخصيص وانواعه

### المطلب الاول

### العام وصيغه

العام في اللغة : بمعنى الشامل ، يقال مطر عام اي شامل .

وفي اصطلاح الاصوليين عرف بتعاريف مختلفة في التعابير (١) ولكنها متفقة على مضمون واحد

---

١ . ومن هذه التعاريف ما ورد في المراجع الاصولية التالية : قال السبكي (جمع الجوامع وشرحه - ١ / ٣٩٨) (العام لفظ يستغرق الصالح له) .

وقال الامام فخر الدين الرازي (المحصول ١ / ٢ ق / ص ٥١٣) : (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد) .

وقال الشاشي : (اصول الشاشي / ص / ٣) : (العام كل لفظ ينتظم جمعا من الافراد اما لفظا كقولنا مسلمون واما معنى كقولنا (من وما) .

وقال الحلبي (مبادئ الوصول الى علم الاصول) ص / ١٢٠) (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد) ، وهذا نفس تعريف الرازي .

وقال الباجي (احكام الفصول في احكام الاصول ص / ٤٨) : (العام استغراق ما تناوله اللفظ) وقال الحسين (العالم الاصولي الزيدي) في كتابه هداية العقول الى غاية السؤل في علم الاصول ٢ / ١٩٤ : العام الكلمة الدالة دفعة على جميع ما تصلح له بوضع واحد .

وقال ابن همام الدين (التحرير في اصول الفقه ص / ٦٢) : (العام ما دل على استغراق مفهوم) .

وقال بهادر (حصول المأمول من علم الاصول ص / ٨٧) : (العام اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة واحدة) .

وغير ذلك من مئات التعاريف التي لا فائدة في نقلها .

وهو ان العام : لفظ (١) موضوع لمعنى واحد بحيث يشمل جميع ما من شأنه ان يندرج تحته من الافراد دفعة واحدة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك . ورغم ان علماء الاصول ارادوا بالعام ما ذكرنا الا ان تعاريفهم له اقتصرت على تعريف العموم اللغوي ، ولم يتطرقوا للنوعين الاخرين (العرفي والعقلي) الا بالمناسبات وفي غير محلها كما في عموم المقتضي ، ومفهوم الموافقة وعموم العلة ولذا فان التعريف الذي اقترح ان يؤخذ به هو : ان العام : هو الامر الشامل لكل ما يمكن ان يتناول دفعه لغة او عرفا او عقلا .

## اقسام صيغ العموم :

تنقسم صيغ العموم الى اقسام متنوعة باعتبارها مختلفة اهمها ما يلي :

**اولا :** من حيث مصدر دلالتها على العموم تنقسم الى اللغوية والعرفية والعقلية (٢) .

١- العام اللغوي : لفظ وضع لمعنى (قدر) مشترك بين ما يندرج تحته من الانواع ان كان جنسا ، والاصناف ان كان نوعا ، والافراد ان كان صنفا ، والاجزاء ان كان كلاً ..

ومن الصيغ الدالة على العموم على اساس الوضع اللغوي كل (٣) ، وجميع (٤) ، وكافة وجماعة ، وقاطبة ، ومعشر ، ومعاشر ، والرجال ، والنساء ، والاموال ، والازمنة ، والامكنة والمخلصون ،

١. اي غالبا والا فقد يأتي العموم من غير لفظ كعموم المفهوم ، في المسودة لآل تيمية (ص ٩٧) : (لأصحابنا في ذلك ثلاثة أوجه : أحدها : أنه من عوارض الألفاظ فقط ، والثاني من عوارض اللفظ والمعنى الذهني : والثالث من عوارضهما مطلقاً وهو أصح) .

٢. قال الامام فخر الدين الرازي في كتابه المحصول في علم الاصول ج ١ / ق ٢ / ص ٥١٦ : المفيد للعموم العام اما ان يفيد لغة او عرفا او عقلا ، أما الذي يفيد لغة فاما ان يفيد على الجمع او على البذل ، والذي يفيد على الجمع فاما ان يفيد لكونه اسما موضوعا للعموم او لانه اقترن به ما اوجب عمومه .. الى آخره لمزيد من التفصيل راجع هذا المرجع الذي يعتبر من اهم المراجع الاصولية المعتمدة وفي جمع الجوامع وشرحه (١ / ٤١٥) : (قد يعم اللفظ عرفا كالفحوى) مفهوم الموافقة بقسميه الاولى والمساوي نحو (فلا تقل لهما اف) (ان الذين ياكلون اموال اليتامى) الآية قيل نقلهما العرف الى تحريم جميع الايذاءات والاتلافات ، وحرمت عليكم امهاتكم نقله العرف عن تحريم العين الى تحريم الاستمتاع المقصودة من النساء ، وفي مسلم الثبوت وشرحه ١ / ٢٨٥ ، (واذا علل الشارع حكماً بعلّة بأن يقول الخمر حرام لأنه مسكر عمّ في ما يوجد فيه تلك العلة بالقياس لا بالصيغة) ومن الواضح أن القياس عملية عقلية .

٣. مثال ذلك في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٤٢) :- (كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية) . وانظر كذلك على سبيل المثل (١ / ٢٤) و (م ٤٤) و (م ٤٥) و (م ٥٤) .

٤. ومثال ذلك في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٦) :- (تسري النصوص المتعلقة بالاهلية على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص) .



والمجرمون ، وغير ذلك من الالفاظ التي حين وضعها اهل اللغة العربية راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها ، ومنها اسماء الشرط ، والموصولات .. كما يأتي .

٢- العام العرفي : هو لفظ نقله اهل العرف الشرعي والقانوني او غيرهما من معناه اللغوي واستعمله في معنى اعم منه وتكرر استعماله فيه حتى اصبح حقيقة عرفية . ومن الصيغ الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (اكل) في قوله تعالى (إن الذين يأكلون اموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً) (١) ، (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون) (٢) (يا أيها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) (٣) ، فمادة (اكل) في هذه الايات وغيرها معناها اللغوي واضح ولكن لم يرد الشارع هذا المعنى اللغوي وانما اراد ما هو اعم منه بحسب العرف وهو ان كل اتلاف لمال الغير وحقه وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي حرام على الإنسان كحرمة الاكل بالمعنى اللغوي بدون اذن صاحبه وبدون حق .

٣- العام العقلي : وهو دوران الحكم مع علته وجودا وعدما ومن صيغه : كلمة «أف» في قوله تعالى (فلا تقل لهما أفٌ ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً) (٤) وهذه الكلمة تنبئ لغة عن التضجر والاستئثار او صوت ينبئ عن ذلك ، ولكن الله لم يرد هذا المعنى اللغوي عند اكثر علماء الاصول (٥) ، وانما اراد ما هو اعم منه عقلا وهو كل تصرف قولي أو فعلي من الولد يؤذي قلوب والديه ويعتبر تجاوزاً منه حدود الاحترام والتكريم لهما .

والصيغ الدالة على العموم عقلا هي التي تنبئ عن علل احكامها فتدل دلالة عقلية على العموم اي على ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، وهذا العموم يكون عادة في المجالات

١. سورة النساء / ١٠ .

٢. سورة البقرة / ١٨٨ .

٣. سورة النساء / ٢٩ .

٤. سورة الاسراء / ٢٣ .

٥ وحمل البعض لفظ (اف) على المعنى اللغوي المذكور وقاس عليه غيره من كافة التصرفات المؤذية الاخرى في التحريم بجامع علة مشتركة وهي الايذاء والاخذ بالعموم العقلي افقه من القياس .

التي يجري فيها القياس (١) فكل من القياس ومفهوم الموافقة والعام العقلي يعطي معنى واحداً وهو ان الحكم يتحقق متى تحققت العلة . ومن القواعد الاصولية المتفق عليها ان الحكم يطبق في كل مجال تتحقق فيه علته ويوقف العمل به اذا تخلفت العلة ، فهذا العموم يؤخذ من النص عن طريق العقل المستند الى هذه القاعدة العامة (٢) .

١. فالمراد بالذهب والفضة في قوله تعالى (والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم) (التوبة / ٣٤) : هو كل عملة ورقية ومعدينية حلت محلها في التعامل الدولي والداخلي واكتسبت القوة الشرائية ووجه هذا العموم ان عقل المجتهد او القاضي يستنبط من هذه الاية الكريمة ان علة تحريم الكنز هي المضرة الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالمصلحة العامة في المجتمع بسبب الكنز ، ولا يختلف الذهب والفضة عن غيرهما من كل عملة متداولة في جميع دول العالم في هذه العلة ، ومن الجدير بالذكر ان العموم في مثل هذه المسئلة يرجع الى القياس عند بعض او الى مفهوم النص عند بعض وكل من هذين الاتجاهين يرجع الى العموم العقلي لان العقل يدرك العلة ويقضي بعموم الحكم ايا كانت التسمية ، في التحرير لابن همام (ص ٩٤) : (اذا علل (اي الشارح) حكما عم في مجالها بالقياس ، وقيل بالصيغة) .

٢. اختلف الاصوليون في ان العموم هل هو صفة الالفاظ ، او المعاني اولا يوصف به اي منهما ؟ ويمكن تلخيص الخلاف في الاتي :

١- ذهب جمهور الاصوليين الى ان العموم من صفات الالفاظ وتوصف به حقيقة ، ولا توصف به المعاني الا مجازا ، ورغم ذلك بنوا اتصاف اللفظ بالعموم على اساس معناه الذي يشترك كثيرون فيه ، اي مشترك معنوي .

ب- وقال البعض هو من صفات الالفاظ والمعاني معا فكما يصدق لفظ عام يصدق معنى عام فالعموم مشترك معنوي بينهما (موضوع للشامل) او مشترك لفظي موضوع لكل منهما .

ج- وقال البعض لا يوصف به أي منهما لا حقيقة ولا مجازا ، وقالوا : هذا القول ساقط وشاذ . (جمع الجوامع وشرحه ١ / ٤٠٣ . هداية العقول ٢ / ١١٩) .

تقويم هذه الخلافات : هي خلافات لا جدوى منها اساسها عدم وجود تعريف دقيق جامع شامل لجميع انواع العموم كما ذكرنا ثم ان هذا الخلاف لفظي ان لم يقصد به العموم اللغوي فقط لان العموم في صيغ الجمع الدالة على العموم لغة صفة الالفاظ والمعاني معا وفي غير صيغ الجمع او ما في معناه مثل من وما صفة المعاني وكذا في العموم العرفي واما في العموم العقلي فليس صفة لا للالفاظ ولا للمعاني وانما هو صفة العلة ودوران الحكم فليس هذا قولاً شاذاً كما قالوا .

وان كان محل الخلاف واحدا كالعموم اللغوي في الصيغ اللغوية كما هو ظاهر من تعاريفهم فالخلاف لا يتسم بالواقعية . وهذه الخلافات الاصولية وامثالها رغم كونها من دقائق الافكار ومن مشحذات الازهان ومن التعمق في المعاني والمباني ، الا انها عمليا الانشغال بها من ضياع الوقت الغالي في حياة الانسان الفاني .

**ثانياً :** تنقسم صيغ العموم اللغوي من حيث هيأتها وتركيبها الى عام بصيغته ومعناه والى عام بمعناه دون صيغته (١) .

١- العام بصيغته ومعناه : هو كل ما كان لفظه من صيغ الجمع (٢) سواء كان جمع مذكر سالم (٣) ، أم جمع مؤنث سالم (٤) ، أم جمع تكسير (٥) ، وسواء كان جمع التكسير جمع القلة أو جمع الكثرة (٦) فالعموم في هذه الصيغ صفة الالفاظ والمعاني معا .

٢- العام بمعناه دون صيغته عبارة عما عدا صيغ الجمع من الاسماء التي تفيد العموم لذاتها أو لغيرها مثل الاسماء الموصولة وغيرها مما يأتي بيانها في التقسيم الآتي فالعموم في هذه الصيغ وامثالها وفي العموم العرفي صفة المعاني فالعموم العقلي ليس صفة للالفاظ ولا للمعاني وانما هي صفة العلة ودوران الحكم معها .

---

١. في كشف الاسرار مع اصول البيهقي ( ١ / ٣٠٩ ) : (الفاظ العموم قسمان : عام بصيغته ومعناه وعام بمعناه دون صيغته . اما العام بصيغته ومعناه فهو صيغة كل جمع مثل الرجال والنساء ، والمسلمين ، اما صيغته فموضوع للجمع . واما معناه فكذلك ، وذلك شامل لكل ما ينطبق عليه ، وادنى الجمع ثلاثة ، واما العام بمعناه دون صيغته فانواع .... الى اخره) راجع هذا المرجع المعتمد لمزيد من التفصيل .

٢. في البرهان لأمام الحرمين ( ١ / ٤٣٩ ) (أقل الجمع ثلاثة) ، وهنا المذهب يعزى الى ابن عباس وابن مسعود ، والأخوان عند ابن عباس لا يحجبان الأم من الثلث الى السدس لأن المذكور في كتاب الله (الأخوة) فقال الله تعالى (فإن كان له أخوة فلأمه السدس) . النساء / ١١ ، وقال بعض الاصوليين أقل الجمع اثنان ، وبه أخذ جمهور الفقهاء .

٣. جمع المذكر السالم : ما دل على اكثر من اثنين من العقلاء (اي ممن هو اهل للعقل ولو كان مجنوناً) ، باضافة واو ونون رفعا ، وباء ونون نصباً وجرا ، ولم تتغير صورة مفردة مثل مجتهدون ومجتهدين .

٤. جمع المؤنث السالم : هو كل اسم مجموع بزيادة الف وباء في آخره ، ولم تتغير صورة مفردة ، مثل طالبات .

٥. جمع التكسير : هو ما دل على اكثر من اثنين وتغيرت صورة مفردة عند الجمع مثل رجال .

٦. جمع التكسير قسمان : جمع القلة ما دل على عدد من ثلاثة الى تسعة ، وجمع الكثرة مثل انهر وهو ما دل على عدد من ثلاثة الى مالا نهاية ، راجع الشامل معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها (ص ٥١٨) ، (ص ٣٥١) .

### ثالثاً : من حيث الاستعمال تنقسم صيغ العموم الى ثلاثة اقسام :

- ١- قسم يستعمل لذوي العقول (الانسان) ، ولا يستعمل لغيرهم الا قليلا (١) ، ومن هذا القسم :  
(من) (٢) ، و (الذين) و (اللاتي) ، كما في قوله تعالى (من عمل صالحا فلنفسه ومن اساء فعليها) (٣) ، وقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتريصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا) (٤) . وقوله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع) (٥) .
- ٢- قسم يستعمل لغير ذوي العقول أي للكائنات الحية ما عدا الانسان وللجمادات ، ولا يستعمل لذوي العقول الا قليلا (٦) مثل (ما) (٧) كما في قوله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا) (٨) .
- ٣- قسم يستعمل لذوي العقول وغيرهم من الكائنات مثل (أي) (٩) ، و (كل) ، و (جميع) ، ومن استعمال أي لذوي العقول قوله تعالى (الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم ايكم أحسن عملا) (١٠) .

- 
١. كما في قول الشاعر : اسرب القطا ، هل من يعير جناحه ، لعلي الى من قد هويت اطير . والهمزة في هذا البيت للنداء ، والسرب : القطيع من كل شيء . والقطا جمع قطة وهو طائر بحجم الحمام .
  ٢. مثال ذلك في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٣٢ / ١) :- (من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناءً على طلب كل ذي شأن) . وقد يستعمل لفظ (من) للمعاقل وغيره معا كما في قوله تعالى (ولله يسجد من في السموات والارض) . سورة الرعد / ١٥ .
  ٣. سورة فصلت / ٤٦ .
  ٤. سورة البقرة / ٢٣٤ .
  ٥. سورة النساء / ٣٤ .
  ٦. كما في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) النساء / ٣ .
  ٧. مثالها في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٦٨١) :- (يلزم المؤجر ان يقوم باصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ...)
  ٨. سورة البقرة / ٢٩ . في الاحكام للامدي (٢ / ٥٥) : صيغ العموم أما عامة فمن يعقل وما لا يعقل جمعاً وافراداً ومن الجدير بالاشارة ان كلا من (من) و (ما) يستعمل للمنكر والمؤنث والجمع والتثنية والمفرد قال ابن مالك : ومن وما وأل تساوي ما ذكر ، وهكذا ذو عند طي قد شهر .
  ٩. مثالها في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٩٣) :- (التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة ... وياتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي) . وانظر كذلك المادتين (٩١ / ١) و (١٥٨ / ٢) .
  ١٠. سورة الملك / ٢ .

ومن استعمالها لغير ذوي العقول قوله تعالى : (وما تدري نفس بأي ارض تموت) (١) .

**رابعاً** : من حيث الظرفية والحال : اما لعموم الزمان مثل متى (٢) ومتى ما ، او لعموم المكان مثل اين واينما ، او لعموم الاحوال مثل كيف وكيفما .

**خامساً** : من حيث ذاتية وعرضية الصيغ في الدلالة على العموم تنقسم الى الدالة على العموم لذاتها ، والى الدالة لغيرها .

**القسم الاول** : الصيغ التي تدل على العموم لذاتها كثيرة . ومنها أسماء الشرط والاسماء الموصولة ، والاسماء المؤكدة .

**١- اسماء الشرط** : هي التي تتضمن معنى الشرط وهي تنقسم الى اسم مبهم ، وظرف زمان وظرف مكان .

**أ-** من اسماء الشرط المبهمة الدالة على العموم لذاتها (من) (٣) ، و (ما) الشرطيتان (٤) ، كما في قوله تعالى (من يعمل سوءاً يُجْزَ به) (٥) ، وقوله تعالى : (وما تعملوا من خير يعلمه الله) .

**ب-** اسماء الشرط لعموم الزمان مثل متى .

**ج-** اسماء الشرط (٦) لعموم المكان مثل اينما .

١. سورة لقمان / ٣٤. وقد وردت كلمة اي لكليهما في المادة (٣٧٨ / ١) من قانون العقوبات العراقي (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد اي من الزوجين ، او اتخاذ اي اجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الاخر) فكلمة (اي) في هذه المادة تارة استعملت لذى العقل وهو أحد الزوجين واخرى لغيره وهو الاجراء .

٢. كما في المادة (٧٦٣) من القانون المدني الاردني :- (الاعارة عقد غير لازم ولكل من الطرفين انهاؤه متى شاء ولو ضرب له اجل) .

٣. في البرهان لامام الحرمين (١ / ٣٦٠) : (من من الالفاظ المبهمة وهي احدى صيغ العموم في اقتضاء الاستغراق اذا وقع شرطا ، ويتناول الذكور والاناث ، ويذهب الى هذا اهل التحقيق من ارباب اللسان والاحوال، ولا خلاف ان (من) اذا اطلق مبهما شرطا لم يختص بذكر او انثى وجمع او وحدان وهذا مستمر في الالفاظ الشرعية والفاظ المتصرفين في الحلول والعقود والايامن والتعليقات ، وهو الجاري في نظم ذوي العادات ، متفق عليه في وضع اللغات) .

٤. فعندئذ يجزم كل منهما فعلى على اساس ان احدهما شرط والاخر جواب شرط .

٥. سورة البقرة / ١٩٧ .

٦. في المسودة لال تيمية (ص ١٠١) : (من اعلى صيغ العموم الاسماء التي تقع ادوات في الشرط وهي تنقسم الى ظرف زمان ومكان واسم مبهم يختص بمن يعقل ، واسم يختص بمن لا يعقل ، فكل اسم وقع شرطا عم مقتضاه ، فاذا قلت (من اتاني اكرمه) عم كل ات من العقلاء ، واذا قلت (متى جئت اكرمك) عم كل زمان ، واذا قلت حيثما اتيتني اكرمك عم كل مكان ، وقال الاشمونى على الفية ابن مالك (٤ / ١٠) : اسماء الشرط في لحاق ما ثلاثة انواع نوع لا يجزم الا مقترنا بها وهو حيث ، واذا ، ونوع لا يلحقه ما وهو من وما ومهما وانى ، ونوع يجوز فيه الامران وهو اي ومتى واين وايمان .

كما في قوله تعالى ( اينما تكونوا يدرككم الموت ولو كنتم في بروج مشيدة ) (١) .

د- وقد تأتي اسماء الشرط لعموم الاحوال كما في قوله تعالى (٢) (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم) (٣) اي كيف شئتم في جميع الاحوال (٤) ، وليس لعموم المكان بدليل كلمة (حرث) ، وبدليل الاية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) (٥) .

## ٢- الاسماء الموصولة :

الموصولات من صيغ العموم سواء كانت الصيغة على هيئة الجمع او التثنية أو المفرد ومن هذه الصيغ :

أ- من : وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تكون موصولة مفيدة للعموم (٦) كما في قوله تعالى (فأما من طغى وأثر الحياة الدنيا فان الجحيم هي المأوى واما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى فان الجنة هي المأوى) (٧) ، وكما في القاعدة القانونية (الدولة وارثة لمن لا وارث له) .

١. النساء / ٧٨ .

٢. وكما في قول الشاعر : مهما تكن عند امرئ من خليفة وان خالها تخفى على الناس تعلم فعل (يكن) هنا تامة ، خليفة اي طبيعية .

٣. سورة البقرة / ٢٢٣ .

٤. اي قياما وقعوداً أو اضطجاعاً ومن الخلف في قلبها لا في دبرها ، فهذا الذي اجمع علماء المسلمين عليه لكن اشتبه الامر على بعض الناقلين فغلط عليهم الغالط اقبح الغلط وافحشه وفسره بعمل قوم لوط وقد قال تعالى (فأتوهن من حيث أمركم الله) فما جاء في كتاب اختلاف الفقهاء للطبري من ان الشافعي اباح اللواط مع الزوجة خطأ وخطأ وسوء فهم .

٥. سورة البقرة / ٢٢٢ .

٦. وهي ترد شرطية كما ذكرنا ، واستفهامية ، وموصولة ، ونكرة موصوفة ، وفي المسودة المرجع السابق (ص / ١٠٠) : (فكل اسم معرفة ذي افراد يفيد العموم فيندرج فيه العلم الجنسي والاشارة الى عدد ، والمضمرات الجامعة ، والموصولات ، والمعرفات باللام ، والاضافة من الجموع واسماء الجموع ...) .

٧. سورة النازعات / ٢٧ - ٤١ .

ومن الجدير بالذكر ان اكثر الاسماء الموصولة تعم الذكور والاناث ، وكذلك كل لفظ عام لا يخص الرجال فقط او النساء فقط يعم الجميع ، قال الرازي (المحصول ١ / ٥٩٩) : (اللفظ الذي يتناول المذكر فقط ، او المؤنث فقط لا يشمل الاخر فلفظ الرجال لا يشمل الاناث كما ان لفظ النساء لا يشمل الذكور الا بقرينة وما عدا ذلك يشمل ما لم تكن قرينه على خلافه مثل (من وما ..) .

ب- ما : وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تفيد إذا كانت موصولة كما في قوله تعالى (كلوا من طبيبات ما رزقناكم ولا تطغوا فيه فيحلّ عليكم غضبي) (١) . وكما في المادة (١٠ / ٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي (يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بامضاء العاقدين أو بصمة أيهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج) .

ج- أي (٢) وأية كما في قوله تعالى (اباؤكم وابناؤكم لا تدرون أيهم اقرب لكم نفعا) وقوله تعالى (انا جعلنا ما على الارض زينة لها لنبلوهم ايهم احسن عملا) .

د- وغير ذلك من بقية الاسماء الموصولة (٣) وهي تفيد العموم لذاتها ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك (٢) .

### ٣- الاسماء المؤكدة : مثل جميع ، واجمع ، واجمعون ، وجمعا ، واكتع ، وكافة ، وقاطبة وكل ..

ومن الجدير بالذكر ان الاصوليين فرقوا بين الصيغ (كل ، وجميع ، ومن) ، رغم اتفاقهم على انها تفيد العموم - بالميزات الآتية :

١. أي وأية بفتح الهمزة وتشديد الياء تستعمل للمذكر والمؤنث والمفرد والجمع وذوي العقل وغيره مثل ما قال ابن مالك : (أي كما واعربت ما لم تضاف وصدر وصلها ضمير انحذف) أي ترفع بالضم ، وتنصب بالفتحة ، وتجر بالكسرة حسب المقام، اما اذا اضيفت وحذف الضمير الموجود من صلته تكون مبنية ، وهي من الاسماء المبهمة يزيل غموضها وابهامها شيثان المضاف اليه وصلته .
٢. تقدم ذكر امثلتها في القانون المدني الاردني ، أما في قانون العقوبات الاردني فمثالها ما ورد في المادة (٨٠ / ٢ - ب) :- (بعد متدخلاً في جنابة أو جنحة : ... .
- ب- من أعطى الفاعل سلاحاً أو أدوات أو أي شيء آخر مما يساعد على ايقاع الجريمة) . وصيغ العموم في هذه الفقرة :- (مَنْ) و (الفاعل) و (أي) و (مما) و (الجريمة) .
٣. كما في المادة (٦٠ / ١) من القانون المدني الاردني :- (تعتبر اموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الاشخاص الحكيمة العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام) .
٤. يرى البعض كالسمرقندي (ميزان الاصول) (ص ٢٧٣) : ان اسماء الموصولة (التي تسمى الاسماء المبهمة لانها لا تفهم بذواتها وانما تفهم بصلاتها) تكون عامة بغيرها أي بصلتها وعلى سبيل المثال قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من دخل دار أبي سفيان فهو آمن) انما يعم بعموم صلته وهي الدخول فكأنه قال : الداخل في دار أبي سفيان آمن .

**أولاً :** كلمة (كل) تفيد العموم والاحاطة على سبيل الانفراد فاذا اضيفت الى النكرة توجب العموم فيها باحاطة افرادها كما في المادة (١١٢ / ١) من قانون العقوبات الاردني (كل اردني دسّ الدسائس لدى العدو أو اتصل به ليعاونه بأي وجه كان على فوز قواته على الدولة عوقب بالاعدام) .

أي كل فرد من افراد الاردنيين ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك (١) ، وإذا اضيفت الى المعرفة تفيد عموم الاجزاء كأن يقال (كل الكتاب مطلوب في الامتحان) اي كل جزء من اجزائه ، وكل موضوع من مواضيعه (١) .

**ثانياً :** صيغة (جميع) عامة مثل (كل) الا انها توجب العموم والاحاطة بصفة الاجتماع قصداً دون الانفراد ، كأن يقال (على جميع الاردنيين الدفاع عن بلدهم) ، اي عليهم القيام بهذا الواجب على سبيل الاجتماع لا على سبيل الانفراد .

**ثالثاً :** لفظة (من) تفيد العموم دون ان يؤخذ بنظر الاعتبار الانفراد أو الاجتماع ، فالقاضي يحكم على من اعتدى على موظف بالضرب أو غيره بالحبس مدة تتراوح بين ستة اشهر وستين وفق المادة (١٨٧ / ١) من قانون العقوبات الاردني :- (من ضرب موظفاً او اعتدى عليه بفعل مؤثر آخر ... اثناء ممارسته وظيفته او من اجل ما أجراه بحكم الوظيفة ، يعاقب من ستة اشهر الى سنتين) سواء ارتكب الفعل وحده او مع شريك آخر. فصفة الانفراد او الاجتماع لا تأثير لها على أصل العقوبة ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك .

ويترتب على اختلاف هذه الصيغ الثلاث للعموم في الميزات المذكورة الاختلاف في بعض الآثار المترتبة على استعمال احداها دون الاخرى وعلى سبيل المثال .

١- اذا قال قائد معركة لعشرة (مثلاً) من جنوده : كل من احتل منكم الموقع كذا للعدو اولاً فله عشرة الاف دينار فاذا احتلوه على التعاقب فالمكافأة تكون للاول ، واذا احتلوه معا دون

---

١. ينزل منزلة الاردنيين بالمعنى المقصود في المواد (١١١ - ١١٦) الاجانب الذين لهم في المملكة محل إقامة او سكن فعلي . (م ١١٧) عقوبات اردني .

٢. لفظ كل في اللغة وضعت للاحاطة ، فان دخل على النكرة يحيط بجميع الافراد من جنسها وهي تستلزم العموم . واذا دخل على المفرد المعرف يقتضي احاطة الاجزاء فيوجب عموم اجزائه لا عموم الافراد .



التعاقب يستحق كل واحد منهم عشرة الاف لان لفظ (كل) يفيد العموم على سبيل الانفراد فيوجب تناول كل واحد على الانفراد كأنه ليس معه غيره (١) .

ب- وإذا قال لهم جميع من احتل منكم هذا الموقع اولا فله عشرة الاف دينار فاذا احتلوه على التعاقب فالمبلغ للاول منهم ، واذا استولوا عليه معا يوزع بينهم المبلغ بالسوية فلكل واحد منهم الف دينار ، لان لفظ (جميع) يفيد العموم على سبيل الاجتماع دون الانفراد فيصير باعتباره جميع الداخلين كشخص واحد في انهم اول فلهم المبلغ بالاشترك والمساواة .

ج- وإذا قال لهم : من احتل منكم اولا هذا الموقع للعدو فله عشرة الاف دينار فاذا احتلوه على التعاقب يكون المبلغ للاول ، واذا احتلوه معا فلا يستحقون شيئا لان كلمة (من) بدون (كل) لا توجب الاحاطة قصداً (٢) .

## القسم الثاني : الصيغ التي تفيد العموم بغيرها

ما ذكرناه من الصيغ كانت دلالتها على العموم لذاتها ، وهنا صيغ اخرى تفيد العموم بواسطة ما ينضم اليها من (ال) الاستغراق ، او الاضافة الى المعرفة ، او الوقوع في حيز النفي او النهي او الشرط ، او وصف عام ، او غير ذلك ، ومن هذه الصيغ ما يلي :

١. ما لم يتبين من عرف الاستعمال او القرائن انه استعمل لفظ «كل» واراد بها معنى «جميع» ، فيوزع عندها المبلغ على محتلّي الموقع بالتساوي .

٢. لمزيد من التفصيل راجع كشف الاسرار مع اصول البيهقي (٢ / ٣٢٨ - ٣٣٠) وفي شرح افاضة الانوار على متن اصول المنار للشيخ محمد الحصري مع نسمات الاسحار لابن عابدين (ص ٥٦) : (وكل عامة بمعناها لانها للاحاطة ولكن على سبيل الانفراد فيتناول كل فرد اصالة ، واذا وصلت كل بما المصدرية اوجب الاعمال وكلمة (الجميع) توجب احاطة الافراد على سبيل الاجتماع) .

وفي اصول السرخسي (١ / ١٥٨) : (وكلمة (الجميع) بمنزلة كلمة (كل) في انها توجب الاحاطة ولكن على وجه الاجتماع لا على وجه الافراد ، حتى لو قال : (جميع من دخل منكم الحصن اولا فله كذا) فدخل عشرة معا استحقوا نفلا واحدا ، بخلاف قوله (كل من دخل ، لان لفظ (الجميع) للاحاطة على وجه الاجتماع وهم سابقون بالدخول على سائر الناس وكلمة (كل) للاحاطة على وجه الافراد ، فكل واحد منهم كالمفرد بالدخول سابقا على سائر الناس ممن لم يدخل) .

أ- الجمع المحلي بآل الاستغراق : سواء كان جمع مذكر سالم ، أو جمع مؤنث سالم ، أو جمع تكسير ومن جمع المذكر السالم : صيغ (الكاظمين ، العاقفين ، المحسنين) في قوله تعالى : (الذين ينفقون في السراء والضراء والكاظمين الغيظ والعاقفين عن الناس والله يحب المحسنين)(١) . المؤنث السالم (المحصنات) في قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) (٢) .

ومن جمع التكسير (الرجال والنساء) في قوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قلّ منه أو كثر نصيباً مفروضاً) (٣) . وقد تضمنت المادة (١١١٥) من المدني العراقي الأنواع الثلاثة (البحيرات ، الأنهر ، المجاورين) فنصت على أن الأرض التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات ، أو الأنهر ، تكون ملكاً خاصاً للدولة ، وللمجاورين حق أخذها ببديل المثل (٤) وغير ذلك من الأمثال (٥) .

ب- الجمع المضاف إلى المعرفة : مثل (أولادكم) في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) . ومثل (أموال الغائب) في المادة (٩٧) (٦) (تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره) .

ج- المفرد المعرفة بآل الاستغراق : مثل (الزانية والزاني) في قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ، ومثل (السارق والسارقة) في قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) . ومثل (الحاكم) في قول الرسول (ص) (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران) ، وغير ذلك .

١ . سورة آل عمران / ١٣٤ .

٢ . النور / ٤ .

٣ . النساء / ٧ .

٤ . انظر في كسب الملكية بسبب الاتصال بفعل الطبيعة في القانون المدني الأردني المواد (١١٣١ - ١١٣٦) .

٥ . في التمهيد للأسنوي (ص ٣١٠) : (الجمع إذا كان مضافاً أو محلياً بآل التي ليست للعهد يعم عند جمهور الأصوليين إذا لم تقم قرينة على عدم العموم) . وفي التبصرة . ص ١٦٨) : (أسماء الجموع إذا تجردت عن الألف واللام لم تقتض العموم) . وتأتي آل للمعاني التالية :

للاستغراق كما في الأمثلة المذكورة وللعهد الذكري كما في الرسول في قوله تعالى (وارسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول) ، وللعهد الذهني مثل جاء القاضي إذا لم يكن هناك الاقاض وإحد ، وللماهية والحقيقة مثل : الذهب خير من الفضة) .

٦ . قانون رعاية القاصرين (العراقي) رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .

د- المفرد المضاف الى المعرفة : مثل (مطل الغني) في قول الرسول (ص) (مطل الغني ظلم) (١) ،  
مثل (نفقة العدة ، نفقة الزوجية) في المادة (٨٠) (٢) (نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من  
تاريخ وجوب العدة اذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة ...) (٣) .

هـ- النكرة اذا وقعت في احدى الحالات الاتية (٤) :

١- اذا وقعت في حيز النفي (٥) : مثل (ضرر ، ضرار ، نكاح ، وصية) في هذه الاحاديث : (لا  
ضرر ولا ضرار) (٦) ، (لا نكاح الا بولي) (٧) ، (إن الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية  
لوارث) (٨) ، ومثل (جريمة ، عقوبة) في المادة (٢١ / ب) من الدستور العراقي المؤقت (لا جريمة  
ولا عقوبة الا بناء على قانون) .

١. وفي رواية : لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته ، اي يجيز نكره بما يدل على الذم وعقوبته أي حبسه . سبل  
السلام ٣ / ٧٢ .

٢. من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ .

٣. في روضة الناظر وجنة المناظر (ص ١١٦) : الفاظ العموم خمسة : الاول كل اسم عرف بالالف واللام لغير  
المعهود ، وهي ثلاثة انواع الاول الفاظ الجموع والثاني اسماء الاجناس ، وهو ما لا واحد له من لفظه كالناس ،  
والحيوان والماء .. والثالث لفظ الواحد كالسارق والسارقة والزاني والزانية .

وفي القسم الثاني من الفاظ العموم ما اضيف من هذه الانواع الثلاثة الى معرفة .

القسم الثالث : ادوات الشرط كمن فيمن يعقل ، وما فيما لا يعقل ، وأي في الجميع ، واين واين ، في المكان ،  
ومتى في الزمان ، ونحوه .

القسم الرابع : كل وجميع .

القسم الخامس : النكرة في سياق النفي .

في قواعد العلاني (١ / ٢٦٨) : الاسم المحلى بال ، والمضاف ، والمفرد والمضاف للعموم في الاصح .

٤. التنكير في غير الحالات المذكورة يفيد التوحيد فتتوین نكرة لا تدل على ما زاد على واحد مثال : رأيت رجلاً .

٥. في التمهيد (ص ٣١٨) ، النكرة في سياق النفي تعم سواء باشرها النفي مثل ما احد قائما ، او باشرها عاملها  
مثل ما قام احد ، وسواء كان النافي (ما) او (لم) او (لن) او (ليس) او غيرها ، وان الاسم اذا كان مبنيا على  
الفتح كان نصا في العموم ، مثل لا احد في الدار ، وفي المحصول للرازي (١ / ٥٦٤) لو لم تكن النكرة في  
النفي للعموم لما كان قولنا (لا اله الا الله) نفيا لجميع الالهة سوى الله تعالى .

٦. سبل السلام ٣ / ١١٠ المراد النهي عنهما لا نفيهما لوقوعهما .

٧. المرجع السابق ٣ / ١٥٣ .

٨. المرجع السابق ٣ / ١٣٨ .

٢- اذا وقعت في حيز النهي مثل (قوم ، نساء) في قوله تعالى (لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ، ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيراً منهن) (١) .

٣- اذا وقعت في حيز الشرط (٢) مثل (فاسق) في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) (٣) النص القرآني توجيه مهم الى المحققين والقضاة ، وبصوة خاصة في القضايا الجنائية فعليهم ان يتحلوا بالصبر والتأني والنزاهة ، وعدم التسرع في اتخاذ الاجراءات غير السليمة المستندة الى اخبار المخبرين الفاسقين فمن الضروري عدم الاعتماد على كل تقرير يقدم الى الجهات المسؤولة الا بعد التأكيد من صحتها بأدلة وقرائن اخرى .

ومثل (احد) في قوله تعالى (وان احد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله) (٤) .

٤- اذا وصفت بوصف عام مثل (قول وصدقة) كل منهما موصوف بالصفة التي تليها في قوله تعالى (قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى) (٥) .

٥- اذا وقعت في سياق الاستفهام الذي هو للانكار مثل قوله تعالى (هل تعلم له سميا) (٦) (هل تحس منهم من احد او تسمع لهم ركزاً) (٧) .

## الخاص المراد به العام :

قد يكون النص خاصا في صياغته ولكنه عام في حكمه : كالخطاب الموجه الى النبي المراد به كل

١ . سورة الحجرات / ١١ .

٢ . في التمهيد (ص ٣٢٤) : النكرة في سياق الشرط تعم والمراد بالشرط هو الشرط اللغوي أي الجملة المصدرية باداة من ادوات الشرط مثل (ان) و (اذا) .

٣ . سورة الحجرات / ٦ .

٤ . سورة التوبة / ٦ .

٥ . سورة البقرة / ٢٦٣ .

٦ . سورة مريم / ٦٥ .

٧ . مريم / ٩٨ .

انسان متزوج يريد ان يطلق زوجته في قوله تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) (١) أي وقت عدتهن بان تبدأ العدة بعد الطلاق مباشرة استبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالزوجة المطلقة بسبب تأخر عدتها ، وذلك بأن يوقع الطلاق في طهر لم يمسه فيها . فلا يطلقها في الحيض ، او في النفاس او في طهر يعاشرها فيه ثم يطلقها ، لأن هذه المعاشرة قد تؤدي الى تكوين الجنين الذي يكون مصدر ضرر اذا نشأ تحت رعاية غير الأب ، او قد يؤدي الحمل الى الندم في الطلاق ، كما أنه يؤخر عدة الزوجة حيث عليها التربص حتى تضع الحمل .

ومن قبيل الخاص المراد به العام قوله تعالى (لئن اشركت ليحبطن عملك) (٢) ، وقوله تعالى (ولا تكن للخائنين خصيماً) (٣) ، وغير ذلك من كل نص خاص في الخطاب وعام في الحكم .

## طبيعة دلالة العام

هل دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الافراد ظنية او قطعية ؟

أ- لا خلاف في قطعية دلالاته عند وجود قرينة دالة عليها كما في قوله تعالى (لتعلموا ان الله على كل شيء قدير ، وان الله قد احاط بكل شيء علماً) (٤) ، فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على ان الله قادر على كل شيء ممكن وعالم بكل شيء بقرينة ان خلاف ذلك نقص لله تعالى ، وهو منزه عن كل نقص .

ب- لا خلاف في قطعية دلالاته على ما يندرج تحته من الحد الأدنى وهو ثلاثة او اثنان على الخلاف في اقل الجمع (٥) .

١. سورة الطلاق / ١ . في تفسير القرطبي (١٨ / ١٥٠) : من طلق في طهر لم يجامع فيه نفذ طلاقه واصاب السنة ، وان طلقها حائضاً نفذ طلاقه واخطأ السنة ، وقال بعض الفقهاء (كالجعفرية) لا يقع طلاق الحائض استناداً الى هذه الآية .

٢. سورة الزمر / ٦٥ .

٣. النساء / ١٠٥ .

٤. الطلاق / ١٢ .

٥. في التبصرة لابي اسحاق الشيرازي (ص ١٢٧) : اقل الجمع ثلاثة ، ومن اصحابنا من قال اثنان ، وفي البرهان لامام الحرمين (١ / ٣٤٨) : قد اضطرب رأي العلماء في اقل الجمع منهم قال ثلاثة وهذا يعزى الى ابن عباس وابن مسعود ولم ينقل عنهما تنصيص لكن قال ابن عباس ان الاخيرين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس لان المذكور في كتاب الله الاخوة .

ج- لا خلاف في ظنية دلالاته بعد التخصيص فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد اخراج البعض بالتخصيص ظنية لأن بابه قد فتح فيحتمل تخصيصاً آخر (١) . انما الخلاف فيما عدا تلك الحالات كالاتي :

أ- قال جمهور العلماء من الاصوليين والفقهاء : ان دلالاته ظنية لانه ما من عالم الا وهو قابل للتخصيص ولاخراج بعض افراده من الحكم بدليل شرعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة (٢) .

ب- وقال البعض ، وفي مقدمتهم الحنفية ، ان دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه دلالة قطعية لان العام وضع ليدل على العموم (جميع افراده) والمدلول لازم لداله فايما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك (٣) .

١. وفي اصول الفقه لابي اليسر عابدين (١ / ٦٤) : العام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً حتى يجوز نسخ الخاص به ، فان لحقه خصوص معلوم او مجهول لا يبقى قطعياً لكن لا يسقط الاحتجاج به .  
٢. في جمع الجوامع وشرحه (١ / ٤٠٧) دلالة العام على اصل المعنى من الواحد فيما هو غير جمع ، والثلاثة او الاثني فيما هو قطعية وهو عن الشافعي وعلى كل فرد بخصوصه ظنية لاحتماله للتخصيص وان لم يظهر مخصص لكثرة التخصيص في العمومات ، وفي كشف الاسرار (١ / ٣٠٤) : اختلف في موجب العام فعند الجمهور من الفقهاء والمتكلمين موجه ليس بقطعي ، وهو مذهب الشافعي ، واليه ذهب الشيخ ابو منصور ومن تابعه من مشايخ سمرقند . وفي مسلم الثبوت وشرحه (١ / ٣٦٥) : «موجب العام قطعي عندنا فلا يجوز تخصيصه اذا وقع في الكتاب بخبر الواحد لكونه ظني الثبوت ولا بالقياس لكونه ظني الدلالة ، والاكثر من الشافعية والمالكية وبعض منا كالامام ابي منصور الماتريدي على انه ظني محتمل للخصوص احتمالاً صحيحاً عرفاً ناشئاً عن دليل» .

٣. في مسلم الثبوت (١ / ٢٠٠) : موجب العام قطعي فلا يجوز تخصيصه بخبر الواحد ، ولا بالقياس . والاكثر على انه ظني ، لنا انه موضوع للعموم قطعاً فهو مدلوله وثابت به قطعاً كالخاص الا بدليل ، وفي اصول الشاشي (ص ٥) : «العام الذي لم يخصص عنه شيء فهو بمنزلة الخاص في حق لزوم العمل به لا محالة ، وعلى هذا قلنا اذا قطع السارق بعدما هلك المسروق عنده لا يجب عليه الضمان لان القطع جزاء جميع ما اكتسب به السارق ، فان كلمة (ما) في قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) عامة تتناول جميع ما وجد من السارق - اي من الاعتداء على الحق العام والحق الخاص - ويتقدير ايجاب الضمان يكون الجزاء هو المجموع فلا يترك العمل به بالقياس على الغصب ، وفي شرح المنار (ص ٩٠) : اعلم ان القطع في السرقة مع الضمان لا يجتمعان عندنا (الحنفية) سواء هلك المال في يد السارق او استهلكه ، وقال الشافعي : يجتمعان لانهما مختلفان حكماً (حكمة وعلة) لان الضمان لجبر المحل والقطع للزجر ، وسببا لان سبب القطع الجنائية على حق الله تعالى ، وسبب الاخر جنائية على حق العبد ، ومحلاً لان محل احدهما اليد ومحل الاخر الذمة ، واضافوا الى ذلك ان التضمين تملك بالاثر الرجعي فهو يقطع على ملكه .

**ثمرة الخلاف :** يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الاتية :

١- على القول بانها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الاحاد ، او القياس ، او العرف ، او مصلحة ظنية ، او أي دليل آخر ظني ، لان التخصيص لرفع التعارض ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الالزامية فيترك العمل دائما بالظني ويؤخذ بالقطعي .

واما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فان تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع . وهذا ما استقر عليه السلف الصالحون من الخلفاء الراشدين ، والتابعين فخصصوا كثيرا من النصوص العامة بالدلالة الظنية رعاية لحماية الدين او النفس او العرض او المال او العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة .

ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يكلف الفقيه او القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام بخلاف ما اذا قلنا بان دلالاته ظنية وعلى هذا يرى اكثر الاصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن المخصص (١) .

**تقويم الخلاف :** الافقه من وجهة نظرنا هو ان دلالة العام على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته دلالة ظنية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك وان القاضي لا يكلف بالبحث عن المخصص مطلقا للأسباب التالية :

١- كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة باحاديث الاحاد وهي ظنية .

١ . في شرح معالم الدين في الاصول (ص ١٤٨) : اذا وجدنا دليلا عاما نحو (كتب عليكم الصيام) هل يجوز العمل به من دون البحث والفحص عن وجود المخصص ام لا ؟ قال قوم بجواز الاستدلال بالعام قبل اتمام البحث في طلب الخاص ، وقال قوم بعدم الجواز ، وفي المسودة لال تيمية (ص ١٠٩) : يجب العمل بالعموم واعتقاده في الحال في احدي الروايتين (اي عن الامام احمد) ، وبها قال ابو بكر الصيرفي من الشافعية وابو سفيان من الحنفية والثانية لا يجب اعتقاده ، ولا العمل به في الحال حتى يبحث وينظر هل هناك دليل مخصص ؟ فاذا بحث ولم يجده تعين العمل به .

وفي مسلم الثبوت (١ / ٢٠١) : يجوز العمل بالعام قبل البحث عن المخصص .

وفي المحصول للرازي (٣٠١) : قال الصيرفي : يجوز التمسك بالعام ما لم يظهر دلالة مخصصة ، والا لما جاز التمسك بالحقيقة الا بعد طلب هل وجد ما يقتضي مصرف اللفظ عن الحقيقة ؟ ولان الاصل عدم التخصيص .

٢- تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من ائمة الفقه النص العام بالادلة الظنية كأخبار الاحاد ، والقياس ، والعرف ، والمصلحة ... وهذا يدل على ظنية دلالة العام والألم يجز تخصيصه بما ذكر ، ولم يعرف منهم الزام القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالته اذ قد يؤدي ذلك الى ضياع حقوق الناس او الحاق الضرر بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام اضافة الى ذلك فانه قد استقر رأي العلماء (١) على أن الأصل في العام هو العموم . والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم (٢) كما ان الأصل في المطلق هو الاطلاق حتى يثبت دليل التقييد .

٣- استلزام الدال لمدلولة (اي اللفظ العام لجميع افراده) يختلف عن استلزام العام لثبوت حكمه لجميع افراده ، لان اساس الاول وضع الدال لمدلولة ، واما الثاني فهو عمل اجتهادي واستنتاجي . وقد خلط الحنفية بظننا بين هذين الامرين في استدلالهم المذكور والقاضي بأن دلالة العام قطعية (٣) .

## دلالة العام على عموم الاحوال والازمنة :

صيغة العام كما تدل دلالة ظنية على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته كذلك تدل على ان ثبوت هذا الحكم لا يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال والازمنة والامكنة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ، فالقتل بدون الحق محرم بالنسبة لجميع الاشخاص ، وفي جميع الاحوال والازمنة والامكنة لعموم قوله تعالى ( ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ) .

والزنا جريمة بالنسبة للمتزوج وغير المتزوج في منزل الزوجية او خارجه ، داخل القطر او خارجه ، بين المسلمين او غير المسلمين ، سواء كان الزاني قادرا على الزواج ام فقيرا ، لعموم قوله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) .

---

١. وفي الابهاج شرح المنهاج (٢ / ١٦٩) : النوع الثاني من الاستصحاب العموم الى ان يرد مخصص وهو دليل عند القائلين به .

وفي جمع الجوامع وشرحه (٢ / ٢٢١) : واستصحاب العموم او النص الى ورود المغير من مخصص او ناسخ حجة جزما فيعمل بهما الى وروده .

٢. مجلة الاحكام العدلية ، المادة (٩) : الأصل في الصفات العارضة العدم .

٣. وفي الفقرة (ب) ، ومن الواضح ان العام وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته دفعة ولم يوضع لان بدل على ان الحكم الوارد في النص المتضمن للعام ثابت لجميع ما يندرج تحته .



وأكل مال الغير والتجاوز على حقوقه المالية محرم بين الاقارب والاباعد ، وبين المسلم وغير المسلم ، وبين جميع الاقوام والشعوب ، وفي جميع الاحوال والامكنة ، ما لم يقد دليل على خلاف ذلك ، لعموم قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) .

رد الامانة الى صاحبها واجب سواء طالب بها ام لا ، وسواء يملك البينة على اثباتها ام لا ، وسواء اكان مستغنيا عنها ام كان محتاجا اليها ، وسواء اكان مالك الامانة شخصاً طبيعياً ام كان شخصاً معنوياً كالدولة ، وذلك لعموم قوله تعالى (ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) .

والمادة (٦٤) من قانون العقوبات العراقي : (لا يسأل جزائياً من اكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية او معنوية لم يستطع دفعها) . لا تفرق في هذا العذر بين العراقي وغيره ، وبين الذكر والانثى ، والقوي والضعيف ، داخل العمران او خارجه .

### العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب :

اذا شرع نص عام لسبب خاص ، او مناسبة خاصة فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يقد دليل على خلاف ذلك ، كما في حديث خيار الغبن فعندما اشتكى الى الرسول صلى الله عليه وسلم اهل حبان بن منقذ بانه يخذع في المعاملات المالية قال لحبان : اذا بايعت فقل لا خلاه (١) ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك ، وان سخطت فأردد (٢) . فاستنتج فقهاء المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة رغم ورودها لسبب خاص - اصلاً من اصول المعاملات المالية وهو ان كل من قام بتدليس (تغريب) الغير بان استعمل معه طرفاً احتيالية ليقاعه في الخطأ او استمراره على الخطأ الذي وقع فيه لدفعه الى التعاقد وترتب على ذلك غبن فاحش يحق للمغبون الخيار بين امضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن او المبيع حسب كونه بائعاً او مشترياً (٣) .

١ . الخلافة بكسر الخاء : الخدعة .

٢ . سبل السلام ٤٥ / ٣ .

٣ . في ارشاد الفحول (ص ١٢٣) : اذا ورد العام على سبب خاص فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وحكوا ذلك اجماعاً ، وفي التبصرة (ص ١٤٤) : اذا ورد اللفظ العام على سبب خاص واللفظ مستقل بنفسه حمل على عمومه ولم يقتصر على سببه واية السارق والسارقة نزلت بسبب ان رجلاً سرق رداء صفوان . وفي مختصر المنتهى الاصولي (٢ / ١٠٠) : اذا ورد العام جواباً بالسؤال الخاص ، او سبب خاص ، او مناسبة خاصة فالعبرة بعموم النص لا بهذه الخصوصيات .

## ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال :

إذا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف ، او واقعة ولم يتضمن شروطا او قيودا لتطبيقه لا يجوز للفقيه ، او القاضي ، او المفتي ان يستحدث باجتهاده شروطا او قيوداً له لان السكوت في معرض الحاجة بيان ، فلو كان هناك شرط او قيد لذكر مع النص مثل ذلك ان الشريعة الاسلامية اقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين اذا اسلما او اسلم الزوج فقط وكانت زوجته كتابية (١) ، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الاسلام ، ولا يحق للقاضي ان يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين واذن الولي ، والكفاءة ، والمهر ، وغير ذلك ، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الاسلام خلوهم من محرّمات الزواج كالنسب ، او الرضاع ، او المصاهرة ، او حق الغير ، او الجمع بين الاختين ...

**وحكمة ذلك :** ان الزوجين غير المسلمين اذا طلب منهما تجديد الزواج ، او الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عدا محرّمات الزواج فان ذلك قد يصبح حجر عثرة امام اسلامهما .

وروي عن الضحاک بن فيروز عن ابيه قال : «قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق ايتهما شئت» (٢) .

وعن سالم عن ابيه عبد الله بن عمر أن غيلان بن سلمة ، اسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ان يتخير منهن أربعاً (٣) ، فلم ينقل عن الرسول (ص) انه طلب شروطا اخرى لاستمرار الزواج . وترك الاستفصال دال على انه لا فرق بين ان قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب .

---

١ . فتح القدير ٣ / ٤٢٢ .

٢ . سبل السلام ٣ / ١٧٢ ، وفي رواية : قال لفيروز الديلمي وقد اسلم علي اختين : اختر ايتهما شئت ، وفارق الأخرى .

٣ . المرجع السابق ، فقال له امسك اربعا وفارق سائرهن ، ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معا او على الترتيب ومن الواضح ان مثل هذا العقد اذا كان معا فالكل باطل واذا كان على الترتيب فالثاني في الاختين باطل والزواج الخامس في اكثر من اربع باطل .

## الفرق بين العام والمطلق (١)

بين هذين المصطلحين الاصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والاحكام كما ذكرنا كثيرا منها سابقا ، ونضيف اليها هنا ما يلي :

أ- الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهيته بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الانواع والاصناف والافراد ، في حين ان المهم المعتبر في العام هو ما يندرج تحته من الافراد المشمولين بالحكم الوارد في النص .

ب- العام عمومه شمولي ، وعموم المطلق بدلي ، فالعموم الشمولي : كلي يحكم فيه على كل فرد دفعة واحدة ، اما العموم البدلي فهو كلي من حيث انه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه ، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته الا على سبيل البديل والمناوبة لا دفعة واحدة . وعلى سبيل المثل والايضاح ، لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع او صنف او فرد الجريمة ، في حين ان لفظ (السارق) عام موضوع لكل انسان بالغ عاقل مختار اخذ مالا منقولاً مملوكاً للغير في حرز مثله بقصد جنائي . ففي المطلق ينظر الى الماهية ، وفي العام ينظر الى الافراد .

ج- صيغ العموم محددة ومحصورة لغة او شرعاً او عرفاً بخلاف صيغ المطلق .

ورغم هذه الاختلافات فان كلا منهما مشترك معنوي لانه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الانواع او الاصناف او الافراد او الاجزاء ويتناوله دفعة كما في العام او على سبيل التناوب كما في المطلق .

---

١. لمزيد من التفصيل ، راجع تهذيب الفروق هامش الفروق ١ / ١٧٢ ، ارشاد الفحول ص ١١٤ .

## المطلب الثاني

### التخصيص ، حقيقته ، اقسامه ، تكييفه

عرف الاصوليون التخصيص بتعاريف متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو أنه قصر العام على بعض أفراده بأخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص او مستقل عنه (١) فالتخصيص بمثابة عملية الطرح في الرياضيات ، وترتب على تعاريفهم هذه اختلاف كثير منهم في ان العام حقيقة في الباقي او مجاز او فيه تفصيل ، ومن وجهة نظري انهم لو عرفوه بتعريفه الحقيقي لما وقعوا في تلك الخلافات التي لا تترتب عليها ثمرة عملية لذا ارى ان تعريفه السليم هو ان (التخصيص : سلب الحكم عن بعض احاد العام وقصره على الباقي بدليل متصل او منفصل) ، وعلى سبيل المثل في قوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا) (٢) .

١ . ومن هذه التعاريف :

قال ابن السبكي الشافعي (جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٢) : التخصيص قصر العام على بعض أفراده . وقال القرافي المالكي (تنقيح الفصول ص ٥١) : «التخصيص اخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام او ما يقوم مقامه بدليل» .

وقال الحلبي الشيعي (مبادئ الوصول الى علم الاصول ص ١٢٩) : «التخصيص اخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه وهو اما متصل او منفصل ، وهذا نفس تعريف الرازي في المحصول ١ / ٧» .

وقال البهاري الحنفي (مسلم الثبوت ١ / ٢٢٣) : التخصيص قصر العام على بعض مسمياته» وهو نفس تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الاصولي ص ١٢ . وعند اكثر الحنفية قصر العام على بعض مسمياته بمستقل مقترن بغير المستقل كالاستثناء والشرط والصفة والغاية والبدل ليس مخصصا لعدم التعارض بينه وبين العام ، والتخصيص لا يكون الا بعد التعارض بين العام والدليل المخصص فيرفع بالتخصيص ، والمستقل المتأخر ناسخ لان التأخير يضلل المكلف فيعمل بما ليس مراداً في العام لان عموم العام في التخصيص غير مراد بخلاف النسخ ، راجع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١ / ٢٠٠ .

٢ . النساء / ٧ .

لفظ (الرجال والنساء) من صيغ العموم لأنهما من جمع التكسير المحلى بالأسْتغراق ، ويشمل (الرجال) كل ذكر كما تشمل (النساء) كل أنثى ، غير أن هذا العموم غير مراد لله تعالى بالنسبة لحكم الميراث فالقاتل من الذكور والأنثى لا يثبت له هذا الحكم لذا بيّن الرسول صلى الله عليه وسلم هذا المراد بقوله (لا يرث القاتل) فهذا الحديث الشريف لم يخرج القاتل من كونه من الرجال أو من النساء وإنما سلب منه حكماً شرعياً وهو الميراث ، إذن أين الأخراج وأين الباقي بالنسبة لصيغة العام حتى تترتب عليه تلك الخلافات ؟ (١) .

وبعبارة أخرى : العام دالٌّ على جميع أفرادهِ ، والحكم الوارد بصيغة العام شامل لجميع أفرادِ هذا العام بحسب النظر الأول ، فاذا علمنا بدليل التخصيص تبيّن أنّ الحكم لم يشمل ابتداءً جميع أفراد العام ، فخرج بذلك بعض أفرادهِ عن هذا الحكم . واذن وجب ان ينصب كلامنا على بيان مدى الحكم أو نطاقه : " اي شموله لبعض أفراد العام دون البعض الآخر لا في نفس دلالة العام على استغراقهِ وشمولهِ لجميع أفرادهِ . فالمخصوص في الحقيقة هو الحكم (٢) .

### عناصر التخصيص : يؤخذ مما ذكر ان التخصيص يتطلب توافر العناصر التالية :

١- وجود عام يدل ظاهراً على ان جميع أفرادهِ ينطبق عليها الحكم الوارد في النص .

١. اكثرهم قالوا : مجاز في الباقي ، ومنهم من قال حقيقة ان كان الباقي غير محصور ومنهم من قال حقيقة في الباقي ان كان المخصص متصلًا ، ومنهم من قال ان كان شرطًا او استثناء ، ومنهم من قال ان كان المخصص شرطًا وصفة حقيقة والا فمجاز ومنهم من قال حقيقة ان كان المخصص لفظًا ومجاز ان كان عقلاً . ومنهم من قال حقيقة في التناول لما بقى بعد التخصيص لا في الاقتصار عليه .  
ومنهم من قال بنفس هذا القول على ان يكون المخصص بدليل مستقل الى غير ذلك ، ومن الغريب ان الخلاف لم يقف عند هذا الحد بل اختلفوا في حجية النص المخصص في الباقي ايضا فمنهم من قال حجة مطلقًا . ومنهم من قال حجة أن خصص بمتصل . ومنهم من قال ان خصص بمعين . ومنهم من قال أن انبأ عنه العنوم ، ومنهم من قال ليس حجة مطلقًا ، وقيل حجة من أقل الجمع . لمزيد من التفصيل راجع جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٤ - ٧ . وهداية العقول الى غاية السؤل في علم الاصول (٢ / ٢٤٩ ، ٢٥٠) .
٢. في جمع الجوامع وشرحه (٢ / ٢) : التخصيص قصر العام على بعض أفرادهِ ، والقابل للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظًا او معنى كالمفهوم وعلق عليه المحلي قائلًا : «نبه بهذا على ان المخصوص في الحقيقة الحكم» .

- ٢- ان يكون الحكم قابلا للتخصيص ببعض افراد العام دون بعض والا فيكون باطلا ، بمعنى ان لا تكون دلالة على جميع افراده قطعية (١) .
- ٣- ان يكون الدليل المخصص معترفا به في ميزان الشرع والا فالتخصيص باطل .
- ٤- ان يكون العموم غير مراد في الاصل والا فيكون الاخراج نسخا جزئيا عند الاصوليين .
- ٥- ان يتعلق التخصيص بالحكم لان القابل له هو الحكم الذي ثبت لمتعدد لفظا أو معنى (٢) .
- ٦- ويخصوص القانون : اذا كان المخصص نصا يجب ان يكون صادرا من مصدر العام فقانون دولة لا يخصص عموم قانون دولة اخرى .

### اقسام المخصص باعتبار الاستقلالية وعدمها :

الدليل المخصص للعام اما ان يكون جزءاً من النص الذي وردت فيه صيغة العموم او يكون مستقلا عنه ، ففي الحالة الاولى يسمى مخصصا متصلاً ، وفي الحالة الثانية يسمى مخصصا منفصلا .

### القسم الاول : الادلة المخصصة المتصلة :

اهم الادلة المخصصة المتصلة المعروفة في اصول الفقه خمسة انواع وهي : الاستثناء ، والشرط ، والصفة ويدل البعض من الكل ، والغاية كما في التفصيل الاتي :

١. فاذا كان الحكم ثابتا لجميع افراد العام بدليل قطعي نقلي او عقلي فلا يجوز حصره على بعضها باخراج بعض كما في قوله تعالى (ولله ما في السموات وما في الارض) فلفظ (ما) من صيغ العموم فلا يجوز تخصيصه باخراج بعض ما في السموات والارض من ملك الله .
٢. كالعموم العرفي والعقلي ، اما العموم اللغوي او الشرعي او القانوني فانه يكون عن طريق اللفظ ، والتخصيص اخراج افراد العام من كونهم مشمولين بالحكم لا من كونهم مشمولين بصيغته فصيغته تبقى حقيقة بعد التخصيص فلا مبرر للخلاف الحاد بين بعض الاصوليين في انها حقيقة بعد التخصيص ام مجاز ، وفي ان دلالتها قطعية ام ظنية فهي قطعية بالنسبة للمعنى الموضع له وظنية بالنسبة لدلالته قبل التخصيص على شمول الحكم لجميع افرادها .

## النوع الاول : الاستثناء المتصل : (١)

قسم علماء النحو الاستثناء الى متصل ومنقطع فقالوا : المتصل هو الذي يكون المستثنى من جنس المستثنى منه كأن يقال على كل مسلم قادر على حمل السلاح الجهاد في سبيل الله ، والدفاع عن وطنه الا من له عذر شرعي .

**والمنقطع** : هو الذي لا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه كأن تقول عندي عشرة الاف دينار الا خمسين دولارا .

ويشترط في التخصيص :

١. ان لا يكون الاستثناء من المستثنى المنقطع لان التخصيص اخراج افراد من حكم العام بحيث لولاه لشملمهم هذا الحكم .
٢. وان يكون المستثنى متصلا بالمستثنى منه عادة ولا يوجد الفصل الزمني .
٣. وان يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادرا من جهة واحدة .
٤. وان لا يكون الاستثناء مستغرقا للمستثنى منه كان يقول عليّ الف الا الفأ .

---

١. في شرح الكوكب المنير (ص ١٨٢) : والمخصص هو المخرج ، وهو ارادة المتكلم الاخراج ويطلق المخصص مجازا على الدليل الدال على الارادة وهو المراد هنا ، وهو قسامان : منفصل وهو ما استقل بنفسه بان لم يكن مرتبطا بكلام آخر ومنه الحس والعقل ، ومتصل وهو ما لا يستقل بنفسه وانما هو مرتبط بكلام آخر ، وهو اقسام : احدها استثناء متصل وهو اخراج ما لولاه لوجب دخوله لفة بالا او احدى اخواتها ، وادوات الاستثناء المشهورة ثمانية منها : حروف باتفاق وهي الا ، او حروف على الاصح وهو حاشا ، فانها حرف عند سيبويه ، ويقال حاش وحاشا ، ومنها ما هو فعل بالاتفاق كلا يكون ، او فعل على الاصح وهي ليس ، ومنها ما هو متردد بين الحرفية والفعلية بحسب الاستعمال ، فان نصب ما بعده كان فعلا ، وان جر ما بعده كان حرفا ، وهو خلا بالاتفاق وعدا عند سيبويه ، ومنها ما هو اسم وهو غير وسوى ، ويقال فيه سوى بضم السين وسواء بفتحها والمد وبكسرهما والمد ، ثم يشترط لصحة الاستثناء ان يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادرا من متكلم واحد .

نقلته مع التصرف ، وفي روضة الناظر وجنة المناظر (ص ١٢٢) : وحده انه قول ذو صيغة متصل يدل على ان المذكور معه غير مراد بالقول الا .

ومن النصوص الشرعية العامة المخصصة بالاستثناء قوله تعالى (والعصر ان الانسان لفي خسر الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر) (١) .

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما) (٢) فلفظا (الانسان) و (الصلح) من صيغ العموم بسبب ال الاستغراق وقد خصص عمومهما بالاستثناء .

ومن النصوص القانونية العامة المخصصة بالاستثناء المادة (٩٥) (٣) (لا عذر على جريمة الا في الحالات التي عينها القانون) والمادة (٥٤٧ / ١) (٤) : (اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، الا اذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع) ، والمادة (٦٤ / ١) (٥) : (لا يجوز توجيه اي سؤال الى الشاهد الا باذن القاضي أو المحقق) ، فلفظ (شيء) في النص الاول من صيغ العموم لكونه نكرة في حيز النفي ، وكذلك لفظ (أي) في النص الثاني لأنه من الاسماء الموصولة ، وقد خصص عموم كل منهما بالاستثناء .

## حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة

اذا ورد الاستثناء بعد جمل متعددة معطوف بعضها على بعض ، هل يعود الى جميعها او الى الاخيرة ؟ فيه الخلاف الاتي : (٦)

١. العصر / ١ - ٣ .
٢. وفي رواية ابي داود «المؤمنون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما» رواه الترمذي وصححه ، سبل السلام ٧٧ / ٢ .
٣. من قانون العقوبات الاردني .
٤. من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ هذا من باب ضمان العقد لا ضمان اليد .
٥. من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ .
٦. في التمهيد (ص ٣٩٨) : «الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض يعود الى الجميع عند الشافعي ما لم يقد دليل على اخراج البعض . وقال ابو حنيفة : يعود الى الاخيرة خاصة وفي ميزان الاصول (١ / ٤٦١) الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو الفسق عندنا ، وعند الشافعي يرجع الى جميع ما سبق» وأرى ان هذا غير دقيق لأنه لا ترجع الى الاول بالاجماع لما فيه من حق الله وحق العبد .
- وفي مسلم الثبوت (ص ٢٠٠) : الاستثناء بعد جمل متعاطفة يتعلق بالاخيرة عندنا (الحنفية) ويتفق الجعفرية مع الحنفية كما جاء في مبادئ الوصول للطي ص ١٣٦ ، وقال القرافي (تنقيح الفصول ص ١٤٩) : «اذا تعقب الاستثناء الجمل يرجع الى جملتها عند مالك والشافعي واصحابهما ، والى الاخيرة عند ابي حنيفة ، ومشترك بين الامرين عند شريف المرتضى علي بن الحسين .



أ- قال الجمهور من الاصوليين والفقهاء يرجع الى الجميع ما لم يقد دليل على خلاف ذلك لان الرجوع الى الكل هو الظاهر ، ولا يعدل عن الظاهر الا بدليل .

ب- وقال البعض يرجع الى الجملة الاخيرة لانه المتيقن ، ولان عودة الاستثناء الى ما قبله للضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها فهي تندفع بالرجوع الى واحدة منها ، وتتعين ان تكون هي الاخيرة لقربها (١) .

وترتب على هذا الخلاف الاختلاف في بعض الاحكام ففي قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا اولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم) .

قال جمهور العلماء : يرجع الاستثناء الى العقوبة الثانية والثالثة فترفعها التوبة .

وقال الحنفية : ترجع للاخيرة فلا تقبل شهادة القاذف مطلقا تاب ام لا .

واجمع الكل على عدم رجوع الاستثناء الى العقوبة الاولى لانه حق مشترك بين الله وبين المقذوف فلا تسقط بالتوبة .

## النوع الثاني من المخصص المتصل - الشرط :

المراد به هو الشرط اللغوي اي جملة مصدرية باداة من ادوات الشرط مثل (ان) و (اذا) . وقد خصص عموم قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم) بالشرط الوارد بعده (ان لم يكن لهن ولد) . كما خصص عموم استحقاق الجدة للسدس بان لا يكون معها ام المتوفي أو جدة قريبي في قول السول صلى الله عليه وسلم (للجدة السدس اذا لم يكن دونها أم) (٢) . ومن النصوص القانونية التي خصص عمومها بالشرط المادة (٦١ / ب) (٣) (من لا قدرة له على الكلام ان يدلي بشهادته كتابة ، او

١. في حاشية البباني على جمع الجوامع (٢ / ١١) : اذا قال شخص علي عشرة الاربعة والا ثلاثة والا اثنين يلزمه واحد لانه مع حرف العطف ترجع المستثنيات الى المستثنى منه الاول ، واذا قال علي عشرة الا خمسة الا اربعة الا ثلاثة يلزمه ستة لانه بدون حرف العطف يرجع كل الى ما قبله بناء على قاعدة (الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي) .

٢. سبل السلام ٣ / ١٣٠ المنتقى ٢ / ٤٥٩ . نيل الاوطار ٦ / ٦٧ .

٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

بالاشارة المعهودة ان كان لا يستطيع الكتابة (١) فادلاء الشهادة بالاشارة لا يقبل من الاخرس اذا كان قادرا على الكتابة ، وكذلك خصص عموم (لا جريمة) بالشرط في المادة (٣٩) (٢) (اذا وقع الفعل قياما بواجب يفرضه القانون) .

ومن الجدير بالاشارة انه لا خلاف في رجوع الشرط الى جميع الجمل التي تقع قبله لما له من الصدارة فيعتبر انه مقدم عليها لذا يرجع الى الكل اذا وقع بعد جمل متعددة (٣) .

## النوع الثالث من المخصص المتصل - الصفة

أي الصفة المعنوية (٤) وهي الحالة التي تصرف العام عن عمومه سواء كانت نعتاً نحوياً ام تمييزاً ام حالاً ام ظرفاً ام غير ذلك .

ففي قوله تعالى (وان كان رجلاً يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) (٥) لفظ (رجل) وكذلك (امرأة) نكرة في حيز الشرط موصوف بجملة (يورث كلاله) والمراد هنا الاخ من الام والاخت من الام لان القرآن بين ميراث الاخوة والاختات من الابوين او من الاب في آيات اخرى .

وكذلك لفظ (عرق) في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (ليس لعرق (٦) ظالم حق) (٧) نكرة في حيز النفي خصص عمومه بوصف (ظالم) فمن بنى او زرع او حفر في ارض غيره بدون اذنه فهو ظالم ولا حق له في ما احدثه بل له ما انفقته على ما احدثه .

---

١ . ولم يرد هذا التخصيص في المادة (٨١) من القانون المدني الاردني :- (يعتد في شهادة الاخرس وحلفه باشارته المعهودة) .  
ويقابلها المادة (٦١) من قانون العقوبات الاردني ومطلعها (لا يعتبر الانسان مسؤولاً جزائياً ...)

٢ . قانون العقوبات العراقي .

٣ . في مسلم الثبوت (١ / ٢٦٩) الشرط كالاستثناء الا في تعقبه الجمل فانه للجميع لانه مقدم تقديراً اذ حقه الصدارة كالاستفهام والتمني .

٤ . في شرح الكوكب المنير (ص ٢٠١) : «والثالث المخصص المتصل الصفة ، وهو ما اشعر بمعنى يتصف به افراد العام سواء كان الوصف نعتاً ام عطف بيان ام حالاً ام غير ذلك من القيود الاخرى المشعرة بالوصف» .

٥ . النساء / ١٢ .

٦ . بكسر العين وسكون الراء لغة اصل كل شيء .

٧ . سبل السلام ٣ / ٩٤ هو يرادف ما جاء في سنن أبي داود (٢ / ٦١) : من قوله (ص) من زرع في ارض قوم بغير اذنتهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته .

ومن العام المخصص بالصفة في النصوص القانونية المادة (٤٢) (١) : (على اعضاء الضبط القضائي أن يتخذوا جميع الوسائل التي تكفل المحافظة على ادلة الجريمة) فالجملة الاخيرة (الموصول وصلته) صفة مخصصة لعموم (جميع الوسائل) .

## النوع الرابع من المخصص المتصل - الغاية :

غاية الشيء نهايته ، والمراد غاية تقدمها عموم يشملها لو لم تكن هي والا فالغاية تكون لتوكيد عموم ما قبلها ، والفاظها : (حتى) و (الى) ، والتخصيص بالغاية يقتضي ان يكون الحكم فيما بعدها بخلاف حكم ما قبلها (٢) . والغاية بعد عموم (ولا تقربوهن) في (حتى يطهرن) من قوله تعالى (ويسالونك عن الحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فاتوهن من حيث أمركم الله ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين) (٣) ليست للتخصيص وانما لتحقيق عموم ما قبلها لانها لم يتقدمها عموم يشمل ما بعدها لاختلاف حالتي الطهر والحيض ، ومن الجدير بالذكر انه قد ثبت بالطب الحديث ان معاشرة الزوجة حينما تكون في الحيض تترتب عليها نتائج سلبية على صحة الزوجين في الجهاز التناسلي .

وبعد انقطاع الحيض الحكم يرجع الى ما كان عليه قبله وهو اباحة المعاشرة ومن تطبيقات التخصيص بالغاية : تخصيص عموم (لا تنكح الايم) ب (حتى تستأمر) ، وعموم (لا تنكح البكر) ب (حتى تستأذن) في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الايم (٤) حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن) ، قالوا : يا رسول الله وكيف اذنها ؟ قال : ان تسكت (٥) .

١. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

٢. في ارشاد الفحول (ص ١٥٥) : «والتخصيص لغاية وهي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتقائه بعدها ، ولها لفظان وهما (حتى و الى) كقوله تعالى : (ولا تقربوهن حتى يطهرن) ، وقوله (وايديكم الى

المرافق) لكن الشوكاني في المثال الاول لم يكن دقيقا لان حرف (حتى) لتوكيد عموم ما قبلها لا للتخصيص .

٣. سورة البقرة / ٢٢٢ .

٤. الايم التي فارقت زوجها بطلاق او موت (حتى تستأمر) اي بطلب امرها يعني الرضا والاذن الصريح ، والمراد بالبكر البالغة العاقلة لانه لا يعتد بانن غيرها .

٥. الحديث متفق عليه سبل السلام ٣ / ١٥ .

وكتخصيص عموم (أيديكم) بـ (الى المرافق) ، وعموم (أرجلكم) (١) بـ (الى الكعبين) في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين) (٢) .

ومن عموم النصوص القانونية المخصص بالغاية بواسطة (حتى) او (الى) : تخصيص عموم (العقد غير لازم) في المادة (١٩٠) (٣) :- (يكون العقد غير لازم حتى يتم إعمال الخيار فاذا تم الخيار صراحة او دلالة اصبح العقد نافذاً لازماً فيما تم فيه) .

وتخصيص عموم (وقف الاجراءات الجزائية) بـ (الى حين عودة او معرفة مصيره) في المادة (١٦٠) / ب (٤) : «اذا ثبت ان المتهم قد غاب غيبة غير معروفة الاجل لاسباب خارجة عن ارادته كأن يكون أسيراً، او مفقوداً يصدر قاضي التحقيق، او المحكمة الجزائية حسب الاحوال قراراً بوقف الاجراءات بحقه مؤقتاً ووقف سير الدعوى المدنية الى حين عودة أو معرفة مصيره» .

### ومن تخصيص القواعد العامة بالغاية :

- أ- كل مفقود يعتبر حياً الى ان يثبت خلاف ذلك بالبينة على موته او حكم القاضي به (٥) .
- ب- لانفاذ لتصرف الوارث في التركة المدينة حتى يوفى الدين او يجيزه الدائن (٦) .
- ج- على الالباء الانفاق على بناتهم الى ان يتزوجن (٧) .

---

١ . وكل من الايدي والارجل في هذه الاية يفيد عموم الاجزاء لانه جمع مضاف الى المعرفة .

٢ . سورة المائدة / ٦ .

٣ . القانون المدني الاردني .

٤ . قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

٥ . لولا هذه الغاية لاستمر اعتباره حياً مطلقاً .

٦ . لولا الغاية لبقى التصرف على عدم نفاذه وشمل العموم حالة الوفاء والاجازة أيضاً .

٧ . لو لم تكن هذه الغاية لشمّل عموم وجوب الانفاق ما بعد الزواج ايضاً ، بخلاف قوله تعالى (ولا تنكحوا

المشركات حتى يؤمن) فالغاية ليست للتخصيص لان ما بعدها لا يدخل فيما قبلها لاختلاف الايمان والشرك

وانما لتحقيق عموم ما قبله .

## النوع الخامس من المخصص المتصل – بدل البعض من الكل (١) :

كتخصيص عموم (الناس) بـ (من استطاع اليه سبيلاً) في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) (٢) ، فلفظ (الناس) محلى بال الاستغراق يفيد العموم ويشمل الصغير والكبير ، والفقير والغني ، والشباب والشيوخ والرجال والنساء ، ومن له عذر وغيره .

ولكن هذا العموم غير مراد لقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) . لذا خصصه بمن له استطاعة بدنية ومالية وعقلية .

وقال بعض العلماء (٣) ان العموم في هذه الاية مخصص بالعقل ، وهذا القول مردود لانه لا يصار الى التخصيص بالعقل اذا وجد نص مخصص ..

ومن عموم القانون المخصص ببديل البعض من الكل عموم (الحائز) المخصص ببديله البعض (حسن النية) في المادة (١١٩١) (٤) : «يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حياته» ، وكتخصيص عموم (المتهم) ببديل بعضه (الغائب - الفار) في المادة (٢٥٣) (٥) : ( في مدة وجود اموال المتهم الغائب تحت يد الخزينة تعطى زوجته واولاده ووالداه ومن يعولهم شرعاً نفقة شهرية من واردات املاكه تعيينها المحكمة المدنية ... ) .

١. قال ابن مالك : التابع المقصود بالحكم بلا ، واسطة هو المسمى بدلا ، وهو كلمة تابعة تذكر بعد كلمة اخرى والمقصود في الكلام هو التابع (البديل) والفرض منه تقوية الكلام وتوضيحه ، وله اقسام اربعة :
  - ١- بدل الكل من الكل وهو ان يكون نفس المبدل منه الا انه اوضح مثل قوله تعالى (اهدنا الصراط المستقيم صراط الذين انعمت عليهم) والصراط الثاني بدل من الاول .
  - ٢- بدل البعض من الكل كما في آية (ولله على الناس حج البيت ..) .
  - ٣- بدل الاشتمال : بان يشتمل المبدل منه على البديل مثل (اعجبنى القاضي عدله) .
  - ٤- البديل المباين (او بديل المباينة) بان يكونا متغايرين وله الانواع الآتية :
    - ١- بدل الغلط بان يلفظ القائل اولاً ثم يصحح غلظه ببديل .
    - ب- بدل النسيان بان يذكر شيئاً خطأ لنسيان ثم يصححه .
    - ج- بدل الاضراب بان يذكر شيئاً اولاً ثم يعدل عنه الى اخر .
٢. سورة آل عمران / ٩٧ .

٣. كالغزالي (المستصفي ص ٣٤٧) ، والامدي . الاحكام في اصول الاحكام ٢ / ١٤٣) والامام فخر الدين الرازي (المحصل في علم الاصول - تحقيق د. طه جابر / ١١١ .
٤. القانون المدني الاردني ، فالحائز يعم حسن النية وسيء النية .
٥. قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، المتهم عام يشمل الهارب وغيره .

## القسم الثاني – الادلة المخصصة المنفصلة

يعتبر كل دليل مخصص للعام ما عدا الخمسة المذكورة من الادلة المنفصلة المستقلة عن النص المتضمن للعام كما في التفصيل الآتي :

### اولا : تخصيص النص بالنص في الشريعة الاسلامية

الشقوقات المتصورة أربعة وهي : تخصيص القرآن بالقرآن او السنة ، وتخصيص السنة بالسنة او بالقرآن .

١- من تخصيص القرآن بالقرآن : قوله تعالى (والمطلقات يتريصن بأنفسهن ثلاثة قروء) (١) . لفظ (المطلقات) جمع مؤنث سالم محلى بال الاستغراق يفيد العموم فيشمل المدخول بها وغيرها ، وذوات الحيض وغيرهن ، والحامل وغيرها وهذا العموم غير مراد لذا خصص باخراج غير المدخول بها فلا تجب عليها العدة كما في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) (٢) . وبإخراج الحامل فان عدتها بوضع الحمل كما في قوله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) (٣) . وبإخراج اليانس التي دخلت سن اليأس وانقطع حيضها ، واخراج الصغيرة التي لم تصل بعد سن الحيض فان عدة هاتين تكون بالاشهر كما في قوله تعالى (واللاني يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم (٤) فعدتهن ثلاثة اشهر واللاني لم يحضن) (٥) . ومن تخصيص القرآن بالقرآن : تخصيص آية القذف بآيات اللعان ، وتخصيص آية الوصية بآيات الميراث حيث آية القذف كانت عامة شاملة للازواج فاقتصرت بآية اللعان على غير الازواج وكذلك اقتصرت على من لا يرث من الاقارب .

١ . سورة البقرة / ٢٢٨ .

٢ . سورة الاحزاب / ٤٩ . واوردت هذا الحكم المادة (١٤٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني .

٣ . سورة الطلاق / ٤ . ومن تخصيص القران : تخصيص آية القذف بآيات اللعان ، وتخصيص آية الوصية بآيات الميراث ، فآية القذف كانت عامة للازواج وغيرهم فاقتصرت بآيات اللعان على غير الازواج ، والوصية الواجبة كانت عامة لكل الورثة من الوالدين والاقربين فاقتصرت بآيات الميراث على الورثة الذين لا يرثون لاختلاف الدين ، اولحجبههم بوارث اقوى .

٤ . اي شككتهم وجهلتم قدر العدة والقيد ليس له مفهوم مخالفة .

٥ . سورة الطلاق / ٤ . واوردت هذا الحكم المادة (١٣٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني .

٢- تخصيص عموم القرآن بالسنة سبق ان بينا في موضوع وظائف السنة النبوية انها تخصص عموم القرآن وتقيد مطلقه بمقتضى قوله تعالى (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم)(١) لان التخصيص والتقيد من البيان .

ومن هذا القبيل قوله تعالى بعد ذكر محرمات الزواج (٢) (واحل لكم ما وراء ذلكم) فلفظة (ما) اسم موصول ومن صيغ العموم تشمل كل امرأة تكون ما عدا المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة والجمع بين الاختين ، وهذا العموم غير مراد ، لذا خصصه الرسول (ص) باخراج الجمع بين الزوجة وعمتها او خالتها فقال (لا يجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها) (٣) ، ولم يثبت هذا التخصيص عند بعض الفقهاء (٤) فاجازوا الجمع . وكذلك عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) خصص بالسنة النبوية القاضية بان دية القتل خطأ على عاقلة القاتل (٥) .

٣- تخصيص عموم السنة بالسنة : ومن ذلك قول الرسول (ص) : فيما سقت السماء والعيون او كان عثريا (٦) العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر» (٧) ، فكلمة (ما) تشمل القليل والكثير من المحصولات الزراعية مما تجب فيه الزكاة ، وهذا غير مراد لذا خصص الرسول هذا

١. نسب بعض علماء الاصول الى الظاهرية انهم قالوا : بموجب هذه الآية لا يكون تخصيص القرآن الا بالسنة ولا صحة لهذه النسبة كما هو معلوم في الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري ١ / ٧٣ وما بعدها .
٢. قال تعالى في سورة النساء / ٢٣ ، ٢٤ حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم ... الآية .
٣. سبل السلام ٣ / ١٦٢ وفي رواية اخرى (لا تنكح المرأة على عمتها او خالتها انكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم) . نيل الاوطار ٦ / ١٦٦ .
٤. وهم فقهاء الجعفرية كما سبق في بيان شروط العمل بحديث الاحاد .. وجمهور فقهاء الجعفرية ذهبوا الى التفصيل الآتي : يجوز زواج العمه على بنت اخيها والخالة على بنت اختها ولكن لا يجوز العكس الا بان العمه والخالة . وقال بعضهم : تتخير العمه او الخالة بين الفسخ والامضاء او فسخ زواج نفسها . راجع المختصر النافع للمطلى ص ٢٠٢ .
٥. فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٢ / ٢١٦ .
٦. بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء هو الذي يشرب بعروقه ويعثر على الماء القريب منه . والنضح بفتح النون وسكون الضاد : الساقية من الابل والبقر وغيرها ، ويشمل كل وسيلة من الوسائل الحديثة كالناعور والمضخة ...
٧. رواه البخاري سبل السلام ٢ / ١٧٤ .. وفي رواية فيما سقت الانهار والغيم العشور وفيما سقى بالسايته ؟ نصف العشور . نيل الاوطار ٤ / ١٥٧ ..

العموم وبين الحد الأدنى لنصاب زكاة المحصولات الزراعية فقال : ليس فيما دون خمسة أوسق من الثمر صدقة (١) (زكاة) ، ولم ير أبو حنيفة النصاب في المحصولات الزراعية أخذاً بعموم الحديث الاول مع انه ظاهر والثاني نص والنص يقدم على الظاهر وكذلك خصص عموم (لا تبع ما ليس عندك) (٢) بحديث السلم وجوازه فقال :

من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم (٣) .

٤- ومن تخصيص عموم السنة بالقرآن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» (٤) ، فلفظا (ضرر وضرار) نكرتان في حيز النفي يفيدان العموم بحيث لا يجوز الحاق الضرر بالغير ، ولا المقابلة بالمثل في الضرر كما هو مفاد لا ضرار سواء كان بعذر او بدون عذر ، في المسائل المدنية والجنائية ، غير ان هذا العموم غير مراد لذا خصص عموم «لا ضرر بقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) (٥) ، فاخرج منه الضرر بالعذر فيجوز في حالة الاضرار أكل مال الغير مثلا بدون اذنه لأن الضرورات تبيح المحظورات ، لكن يجب الضمان (التعويض) لان الجواز الشرعي لعذر لا ينافي الضمان ، وكذلك خصص عموم لا ضرار بقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين ... الآية) (٦) ، فيبقى قوله (لا ضرار) يطبق في المسائل المالية فمن لحقه ضرر مالي من الغير فعليه ان يطلب التعويض ولا يجوز ان يقابله بنفس الضرر .

ثانياً : تخصيص عموم النص الشرعي بغير نص : عموم نصوص القرآن والسنة كما يخصص بالنص كذلك خصص منذ عهد فقهاء الصحابة بغير نص كالاجماع ، والمصلحة العامة ، والقياس ، والعرف ، والعقل وغير ذلك ...

١. نيل الاوطار ٤ / ١٥٨ وفيه فهذا مخصص للحديث السابق وذهب ابن عباس وزيد بن علي والنخعي وأبو حنيفة الى العمل بالعام فقالوا : تجب الزكاة في القليل والكثير ولا يعتبر النصاب .
٢. سبل السلام ٣ / ٢١ .
٣. متفق عليه ، سبل السلام ٣ / ٦٤ . في كيل معلوم اذا كان من المكيل ، ووزن معلوم اذا كان يوزن ، فالسلم جائز مع انه بيع الانسان لما ليس عنده والجواز للحاجة استثناء من القاعدة العامة .
٤. سبل السلام ٢ / ١١٠ .
٥. سورة البقرة / ١٧٣ .
٦. المائدة / ٤٥ .



ومن تطبيقات هذا التخصيص ما يلي :

أ- التخصيص بالاجماع خصص عموم قوله تعالى (يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) (١) .

وأخرج منه النساء بالاجماع فلا تجب عليهن صلاة الجمعة (٢) ، وبالتالي يجوز لهن البيع وكل تعامل آخر بعد النداء الى صلاة الجمعة ، فاقصر حكم المنع على الرجال فقط .

ب- التخصيص بالمصلحة العامة : فخصص الخلفاء الراشدون عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) (٣) باخراج من يرتكب جريمة السرقة لحاجته حمايةً لمصلحة الارواح وهي مقدمة على مصلحة حماية الاموال (٤) .

وخصصوا ايضا عموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضمان على مؤتمن) (٥) باخراج الاجير المشترك فهو ضامن رغم ان يده يد الامانة على ما يوضع تحتها فالحديث عام لان كلا من (ضمان) و (مؤتمن) نكرة في حيز النفي ، وعلى هذا العموم كل من كانت يده على مال الغير يد امانة لا يكون ضامنا اذا تلف او نقص بدون تقصير منه كالمستأجر بالنسبة للعين المستأجرة ، والمستعير في العين المعارة .. والاجير المشترك (مقابل الاجير الخاص) (٦) وهو

١. سورة الجمعة / ٩ .

٢. اباح الرسول (ص) للنساء الخروج للمساجد للصلاة كما رواه ابو داود (السنن ١ / ١٥٥) فقال : لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تغلات غير متطيبات ، ثم بعد وفاة الرسول (ص) قالت عائشة (رض) لو ادرك رسول الله ما حدث بالنساء لمنعهن المساجد كما صنعت نساء بني اسرائيل ، ثم تم الاجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة عليهن .

٣. سورة المائدة / ٢٨ .

٤. فلم يطبقوا عقوبة السرقة على مرتكبها في سنة المجاعة .

٥. نيل الاوطار / ٥ / ٢٨٩ .

٦. في الهداية بشرح تكملة فتح القدير (٩ / ١٢٠) وما بعدها) : الاجراء على ضريين : اجير مشترك ، واجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او ثمره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه يسمى مشتركا ، والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة (رح) وهو قول زفر ويضمنه عندهما (عند ابي يوسف ومحمد) الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر ، لهما (أي دليلهما) ما روي عن عمر وعلي (رض) انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ..

الذي يعمل لأكثر من واحد كالخياط ، والنجار ، والمقاول .. ويد هؤلاء على المواد الأولية يد أمانة ولكن الخلفاء الراشدين قضوا بضمأنهم في حالتها التلف والنقص لتلك المواد وإن لم يكن لهم تقصير لأن الأجرة التي يستحقونها مضمونة على المالك فيلزم أن يكون المعمول فيه مضمونا ولأن فيه رعاية لمصلحة أصحاب المواد الأولية التي توضع في حيازة الأجير المشترك ، وأول من قضى به سيدنا عمر بن الخطاب (رض) ، وسيدنا علي ابن أبي طالب (رض) فقال علي «لا يصلح الناس إلا ذلك» (١) وهو مذهب أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى .

ج - التخصيص بالعرف : ومنه تخصيص المالكية (٢) عموم قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ... الآية) ، فقالوا إذا كان عرف بلد يقضي بأن ولي الطفل يتكفل بتأمين مرضع بدلا من والدته يجب عليه ذلك ما لم تتطوع الأم بالارضاع .

د- التخصيص بالقياس (٣) يرى أكثر علماء الأصول جواز تخصيص عموم النص بالقياس ومن ذلك تخصيص عموم قوله تعالى (ومن دخله كان آمنا) (٤) أي من ارتكب جريمة خارج الحرم (بيت الله الحرام) ثم التجأ إليه لا يخرج بالقوة لمحاكمته وعقابه بل يمنع منه كل شيء حتى يضطر أن يخرج بنفسه ذلك لاحترام الحصانة المقدسة لهذا البيت ، ومن الواضح أن لفظ (مَنْ) من صيغ العموم غير أن من يرى تخصيص القرآن بالقياس قال يخرج من هذا العموم المجرم الذي كان مهدر الدم كمن يجب عليه القصاص فيخرج جبراً ويحاكم ويعاقب بقياس جريمة القتل على جريمة الاعتداء على ما دون النفس من الأطراف (٥) .

١. الروض النضير ٤ / ١٤ .

٢. تفسير القرطبي ٢ / ١٦٦ . الفروق للقرافي ١ / ٢٨٢ ، مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص ١٤٨ .

٣. قال الرازي (المحصول / ١٤٨) : «يجوز تخصيص عموم الكتاب والسنة المتواترة بالقياس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأبي الحسن البصري والأشعري وأبي هاشم ووجه الجواز : أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص فوجب تقديمه» .

٤. آل عمران / ٩٧ .

٥. في كشف الأسرار مع أصول البيهقي (١ / ٢٩٦) : قوله تعالى : ومن دخله كان آمنا مباح الدم برده أو زنا أو قطع طريق أو قصاص إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه عندنا (أي الحنفية) ولا يؤذى ليخرج ، ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يجالس ولا يباع حتى يضطر إلى الخروج فيقتل خارج الحرم لقوله تعالى (ومن دخله كان آمنا) . علق الأمر بالشرط فيثبت عند وجود الشرط لا أن يكون ثابتا قبله ، فكان معناه والله أعلم صار آمنا ، ولا يتحقق الأمن إلا بإزالة الخوف ، وغير الجاني ليس بخائف فلا يتصور ثبوت الأمر في حقه ، فعرفنا أن النص متناول للجاني فيثبت الأمن في حقه ، وقال الشافعي (رض) : يقتل فيه لأن الجاني قد خصص من الآية بما روي أن النبي (ص) لما دخل مكة يوم الفتح أمر بقتل نفر منهم ابن أخطل فوجدوه متعلقا باستار الكعبة فقتلوه، وقوله (ص) : الحرم لا يعيد عاصيا ولا فارا بدم . وبالقياس (أي خص بالقياس) على الطرف فإنه لو كان عليه قصاص في الطرف فدخل الحرم استوفى منه في الحرم ، فلما لم يبطل أدون الحقين بالحرم فأعلاهما أولى، وبالقياس على ما إذا انشأ القتل فيه فإنه يقتل فيه بالاتفاق فكذا إذا التجأ إليه ..

هـ- التخصيص بالعقل (١) يرى الكثير من الاصوليين والفقهاء ان مخصص النص العام قد يكون العقل السليم (٢) ، ومثلوا لذلك بآيات عامة وهي مخصصة بالعقل منها قوله تعالى (واقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ، فقالوا يخصص تعميم هذه الايات ونحوها من آيات الاحكام التكليفية بالعقل فهو يخرج من عمومها من لا يتوافر فيه شروط التكليف من البلوغ والعقل والقدرة ... كالمجنون والصبي غير المميز ..

ومن وجهة نظري ان المخصص لعموم مثل هذه الايات هو القرآن نفسه كما في قوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وأرى ان العقل مخصص في الاحكام العقلية لا في الاحكام الشرعية .

### ثالثا : تخصيص النصوص القانونية العامة

في التخصيص بالادلة المخصصة المتصلة لا يوجد أي فرق بين نصوص الشريعة ونصوص القانون كما يتبين ذلك من الامثلة التي اوردها لكل منهما حين البحث عن الانواع الخمسة للدلالة المخصصة المتصلة ، وكذلك لا نجد الفرق في التخصيص بالقياس ، والمصلحة ، والعرف ، والعقل بين الشريعة والقانون بل من المفروض ان يكون مجال هذا التخصيص في القانون اكثر .

١. في مسلم الثبوت وفواتح الرحموت ( ١ / ٣٠١ ) : «التخصيص بالعقل جائز خلافا فالبعض منهم الشافعي ، قال السبكي : لا نزاع في ان ما يقضي العقل بخروجه خارج البتة ولا يشمل الحكم انما النزاع في ان اللفظ هل يشمل لغة ام لا فمن قال نعم يشمل سماه تخصيصا فانه حينئذ عام لغة قد قصر على البعض ، ومن قال لا يشمل لغة كما هو ظاهر كلام الشافعي لم يسمه تخصيصا اذ لا قصر حينئذ ، لنا العموم لغة والقصر عقلا في قوله تعالى (وهو على كل شيء قدير) اذ لا شيء من الواجب لذاته والممتنع بمقدوره عقلا فلا يتناوله وقد كان داخلا لغة» .

٢. في الاحكام للامدي ( ٢ / ١٤٣ ) : «مذهب الجمهور من العلماء جواز تخصيص العموم بالدليل العقلي ... كما في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) فان الصبي والمجنون من الناس حقيقة وهما غير مرادين من العموم بدلالة نظر العقل على امتناع تكليف من لا يفهم ولا معنى للتخصيص سوى ذلك» لمزيد من التفصيل حول تخصيص العام بالعقل راجع ميزان الاصول للسمرقندي علاء الدين (ابي بكر محمد بن احمد) تحقيق الدكتور عبد الملك ١ / ٤٦٧ وما بعدها .

وفي ميزان الاصول للسمرقندي ( ١ / ٤٦١ ) : تحت عنوان التخصيص بالعقل : الدليل العقلي يصلح مخصصا كما في (واقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) لان العقل يأبى خطاب من لا يفهم خطاب العاجز في الفعل تكليف بما ليس في وسع المخاطب .

أما التخصيص بالنص فان العام ومخصصه قد يكونان في قانون واحد ، وقد يكون كل واحد منهما في قانون ، وهذا امر جائز ما دام مصدر القانونين سلطة تشريعية في بلد واحد ، ولكن لا يجوز تخصيص قانون دولة بقانون اخرى مهما كانت الصلة قوية بينهما ، لانه يتعارض مع السيادة ، ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر اذا اراد تخصيص النص العام بغير النص كالمصلحة وغيرها ، ومن الواضح ان القاضي يخصص عموم النص القانوني اذا تعارض مع معاهدة او اتفاقية تكون دولته طرفا فيها .

ويخصص العام من القانون بالقرارات الاضافية التي تصدر من سلطة مخولة بالتشريع استنادا الى الدستور وبالتعليمات الوزارية التي تصدر لايضاح القانون ، وبمقترحات مجلس الشورى المتفق عليها قياسا على جواز تخصيص نصوص الشريعة بالاجماع .

اضافة الى ذلك للقاضي ان يخصص النص لمقتضيات العدالة ، لمصلحة عامة او لعرف صحيح ، او لاتفاق المتعاقدين على ما هو مخالف لعموم النص اذا لم يكن من النصوص الامرة حيث لا يجوز الاتفاق على ما هو مخالف للنظام العام .

## نماذج من تطبيقات تخصيص النصوص القانونية العامة

أ- تخصيص النص العام بنص خاص في قانون واحد : كتخصيص عموم المادة (٧) من قانون العقوبات الاردني (تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب داخل المملكة جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه) بالمادة (١١) منه (لاتسرى احكام هذا القانون على الجرائم التي يرتكبها في المملكة موظفوا السلك الخارجي والقناصل الاجانب ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم اياها القانون الدولي العام) ، لان منطوق المادة (٧) يعم بحكمه كل جريمة ترتكب داخل المملكة الاردنية برا وبحرا وجوا من أي شخص اردني او غير اردني، وبما ان هذا العموم غير مراد وان هناك من لا يخضع لاحكامه بادر المشرع الى استثنائه واخراجه من هذا العموم في المادة (١١) .

ب- تخصيص عموم المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) ، والمواد الاخرى التي تطابقها من التشريعات العراقية في اعتبار كمال الاهلية وسن الرشد باكمال الثامنة عشرة من العمر بالمادة (٣ / أ) من قانون رعاية القاصرين (ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة ، وتزوج باذن المحكمة كامل الاهلية) فهذه المادة اخرجت من عموم المادة (١٠٦) كل متزوج عراقي وكل متزوجة عراقية في اكتساب أهلية الاداء في المعاملات المالية لا

في الجنايات بالزواج اذا تم باذن القاضي بعد اكمال الخامسة عشرة من العمر ، وكان على المشرع ان يقيد الاهلية بالاداء حتى لا تفسر تفسيراً واسعاً بحيث تشمل القضايا الجنائية (١).

## ما مصير هذه الاهلية اذا حصلت الفرقة ؟

اذا حصلت الفرقة قبل اكمال الثامنة عشرة بين الزوجين اللذين اكتسبا اهلية الاداء بالزواج لا يرجعان الى ما كانا عليه قبل الزواج سواء كانت الفرقة بالوفاة أم بالطلاق أم بالتفريق القضائي للأسباب الآتية :

أ- هذا الحكم ليس جديداً لان كل انسان اكمل الخامسة عشرة ولم يصب بعارض من عوارض الاهلية يعتبر كامل الاهلية في المعاملات المالية عند جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية التي هي الدين الرسمي للدولة بموجب الدستور .

ب- هذا المركز القانوني يعتبر حقاً مكتسباً لا يزول بزوال سببه .

ج- سكوت قانون رعاية القاصرين في معرض الحاجة بيان لعدم رجوعهما الى الخضوع لهذا القانون بعد الفرقة .

د- غاية المشرع هي التشجيع على الزواج المبكر ، فرجوعهما بالفرقة الى ما كانا عليه قبل الزواج يقلل من أهمية هذا التشجيع .

٢- تخصيص عموم النص الذي لم يكن من النصوص الأمرة باتفاق المتعاقدين كما نصت على ذلك المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي (نققات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك) (٢). ومن الجدير بالذكر ان الاتفاق يكون باطلا اذا كان النص العام يتعلق بالنظام العام .

٤- تخصيص عموم النص بالعرف لانه اذا كان مصدراً للأحكام بموجب (٣) القانون فمن باب اولى يكون مخصصاً ، ولان المادة (٣٩٨) المذكورة نصت على تخصيص عموم النص باتفاق

١. ذهب القضاء العراقي في تفسير هذه الاهلية الى ان المراد بها اهلية التقاضي في كل ما له العلاقة بالزواج واثاره ، وهذا تفسير ضيق لا يحتمله إطلاق تعبير (كامل الاهلية) .

٢. ويقابلها المادة (٣٣٨) من القانون المدني الاردني لكنها خصصت عموم النص بالاتفاق ونص القانون ولم تذكر العرف :- (تكون نققات الوفاء على المدين الا اذا اتفق او نص القانون على غير ذلك) .

٣. المادة (١ / ٢) من القانون المدني العراقي والمصري (٢) - فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف) . والمادة (٢ / ٣) من القانون المدني الاردني ، ومرتبة العرف تأتي بعد النص التشريعي واحكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية .

المتعاقدين وبالعرف ، ولان فقهاء القانون كفقهاء الشريعة متفقون على تخصيص الوكالة الواردة في الفاظ عامة بالعرف فلا يجوز للوكيل ان يتصرف تصرفا مضرا بالموكل .

٥- وللقاضي ان يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقضي به العدالة او المصلحة العامة ، او الحاجة الماسة والضرورة (١) .

## اهم الفروق بين التخصيص والنسخ (الالغاء)

النسخ (أو الالغاء) رفع حكم شرعي (أو قانوني) نافذ بنص لاحق أو الغاء قانون سابق بقانون لاحق (٢) ، وهو يتميز من التخصيص بما يلي :

١- التخصيص حصر الحكم على بعض ما يتناوله النص العام ، اما النسخ (أو الالغاء) فهو ابطال الحكم بالنسبة لجميع ما يتناوله النص ، وبتعبير آخر النسخ رفع والتخصيص بيان ، والبيان تقرير والرفع ابطال .

٢- التخصيص قد يكون لمرحلة معينة ولظرف استثنائي وفتي ، بخلاف النسخ فانه لجميع الازمنة والامكنة وبصورة دائمة .

٣- الدليل المخصص كما يكون نصا قد يكون غير نص ، بخلاف الناسخ فانه نص دائما .

٤- التخصيص قد يكون بدليل أدنى قوة من النص العام كتخصيص القرآن بحديث الأحاد . وتخصيص القانون بالتعليمات ، بخلاف النسخ فان الناسخ يكون دائما اما أقوى من المنسوخ، أو مساويا له في القوة الالزامية .

٥- الدليل المخصص يكون متصلا ومنفصلا ومقارنا للعام أو متأخراً عنه أو متقدماً عليه في التشريع ، بخلاف الناسخ فانه منفصل مستقل متأخر دائما .

٦- التخصيص لا يكون الا للنص العام ، والنسخ يكون للعام وللخاص .

---

١. ومر ذكر تطبيقات ذلك في موضوع الاستحسان .

٢. نصت المادة (٥) من القانون المدني الاردني على :- (لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع) .

٧- يجوز نسخ شريعة بشرية اخرى كنسخ الشرائع السابقة بالقرآن الذي هو الدستور المعدل الاخير للدساتير السماوية بخلاف التخصيص فلا تخصيص لعام في شريعة بخاص في شريعة اخرى .

٨- في النسخ اريد الكل اولا ثم رفع البعض اذا كان النسخ جزئيا في التخصيص لم يكن الكل مرادا .

٩- النسخ يكون بعد العمل بالحكم المنسوخ اما التخصيص فقد يكون مقترنا بل متصلا بالعام في التشريع كما في الادلة المخصصة المتصلة (١) .

١٠- للنسخ بديل غالباً خلاف التخصيص .

١١- التخصيص يكون صراحة والنسخ (الالغاء) قد يكون ضمنا كما يكون صراحة .

## تكييف التخصيص :

اختلف علماء الاصول في تكييف التخصيص كما اختلفوا في تكييف تقييد المطلق هل هو بيان او تأويل او نسخ ؟

أ- قال الحنفية (٢) إن كان الدليل المخصص لنص العام مقارنا له في التشريع يكون بيانا ، وان كان متأخرا عنه بان يتم تشريعه في زمن متأخر عن زمن تشريع العام يكون نسخا .

ب- وقال المالكية (٣) : التخصيص تأويل لان الاصل هو حمل العام على عمومه ، والعدول عن الاصل الى التخصيص يكون تأويلاً .

ج- وقال الجمهور التخصيص بيان لمراد الشارع مطلقا لأنه لم يرد عموم النص حين تشريعه ، ثم بين هذا المراد هو او المجتهد بالتخصيص .

---

١. التفصيل في هذه الفروق وغيرها راجع المحصول في علم اصول الفقه للامام فخر الدين الرازي القسم التحقيقي الجزء الاول ق (٢) ص ٩ وما بعده ، ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٤٢ - ١٤٣ .

المسودة لآل تيمية ص ١٣٤ ، مختصر المنتهى الاصولي لابن الحاجب ص ١٦٠ وما بعدها .

٢. لمزيد من التفصيل راجع كشف الاسرار مع اصول البيهقي ١ / ١٣٠ وما بعدها .

٣. في مفتاح الوصول الى علم الاصول للتلمساني المالكي (ص ١٠١) : «التأويل السابع التخصيص ، وهو قد يكون بمتصل ، وقد يكون بمنفصل .

التقويم:الرأي الذي نراه أفقه هو ما ذهب اليه الجمهور من ان التخصيص بيان لمراد الشارع لان النص العام لم يكن عمومه مرادا وهذا المراد خفي على كثير من الناس فيتم بيانه بالتخصيص .

ثم من تعمق في الموضوع لا يجد ثمرة الخلاف سوى ان التأويل يكون دائماً من المجتهد فقهاء ام قاضياً ولا يتصور ان يكون من الشارع (أو المشرع) بخلاف البيان او النسخ (١) .

- 
١. النسخ رفع حكم شرعي ثابت بنص سابق بالنص اللاحق وهو يرادف الالغاء في القانون اسرف البعض في القول بالنسخ في القرآن ومرد ذلك اسباب كثيرة منها :
    - أ- عدّ التدرج في القرآن من النسخ كما في آيات تحريم الخمر .
    - ب- فهم ان الحكم الذي شرع لسبب ثم زال هذا السبب من المنسوخ فعدوا جميع الايات التي نزلت في الحث على الصبر في الشدائد وتحمل أذى الكفار في صدر الاسلام منسوخة بايات السيف .
    - ج- فهمهم ان ابطال الاسلام لما عليه الناس من قبل يكون نسخا كابطال التبني ونكاح نساء الاءاء وهذا ليس نسخا لانه ليس حكما شرعيا ثابتا بنص سابق .
    - د- توهم وجود التعارض بين نصين في القرآن مع عدم وجوده في الواقع .
    - هـ- الخلط بين النسخ والتخصص في كثير من الايات فعلى سبيل المثل ايات الميراث خصصت اية الوصية الواجبة فاقترنت على غير الوارث في حين اعتبر الكثيرون انها ناسخة لها .
    - و- وغير ذلك من اسباب اخرى لا مجال لذكرها ، ومن الواضح ان الظروف خاضعة لارادة الله وليست ارادته خاضعة لها كحال المشرع الوضعي حتى يعدل ويلغى كلما تغيرت الظروف ، ثم ان الله عالم بالماضي والحاضر والمستقبل خلافا للمشرع الوضعي للقوانين .



# المبحث الثالث المشترك

تعريفه ، أنواعه ، استعماله ، تأثيره

**تعريفه :** عرفه علماء الاصول بتعاريف متعددة (١) كلها ركزت على المشترك اللفظي ، ولم نجد تعريفاً جامعاً شاملاً لنوعي المشترك (اللفظي والمعنوي) ، ويبدو ان سبب ذلك يعود الى أمرين :

**احدهما :** الاستغناء عن بيان أحكام المشترك المعنوي ببيان أحكام المطلق (٢) .

**وثانيهما :** أنهم كانوا يصدد اشتراك الالفاظ بين المعاني ، والمشترك المعنوي من صفات المعاني دون الالفاظ (٣) .

ورغم كل ذلك فانه لبيان طبيعة وتأثير المشترك المعنوي على النصوص من حيث الغموض اهمية كبرى فمن الضروري افراده بدراسة مستقلة .

---

١ . ومن هذه التعاريف : تعريف ابي البركات (شرح المنار ص ٢٣٩) : المشترك يتناول افراداً مختلفة الحدود على سبيل البذل .

وتعريف المحلي (شرح جمع الجوامع ١ / ٢٩٢) : المشترك هو اللفظ الواحد المتعدد المعنى الحقيقي .  
وتعريف القرافي (تنقيح الفصول ص ٢٩) : «المشترك هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فاكثر كالعين» .  
وتعريف السيزواري (تهذيب الاصول ص ٣٠) : «اللفظ والمعنى متحدان ويعبر عنه بمتحد المعنى ، أو متعقدان ويعبر عنه بالمتباين ، أو يكون المعنى واحداً واللفظ متعدداً ويعبر عنه بالمترادف ، أو يكون بالعكس ويعبر عنه بالمشترك» .

وتعريف البهاري (مسلم الثبوت ١ / ١٣٥) : «اللفظ المفرد ان تعدد معناه فان وضع لكل فمشترك» .  
وتعريف الشروكاني (ارشاد الفحول ص ١٩) : «المشترك هو اللفظة الموضوعية لحقيقتين مختلفتين أو اكثر وضعا اولاً من حيث هما كذلك» .

٢ . لان المطلق باعتبار وضعه لمعنى واحد يكون من الخاص وباعتبار اشتراك هذا المعنى بين الانواع أو الاصناف أو الافراد يكون مشتركاً معنوياً .

٣ . للتمييز بينهما يوجد معياران : احدهما في المشترك اللفظي يتعدد الوضع للمعاني بخلاف المعنوي فان الوضع واحد ، والثاني : المشترك فيه في المشترك اللفظي هو اللفظ ، وفي المعنوي هو المعنى .

والتعريف الذي نختاره هو ان المشترك (ما وضع لاكثر من معنى باوضاع متعددة او لقدر مشترك فيه بوضع واحد) . وحرف (او) في تعريفنا هذا للتقسيم لا للترديد فلا يرد الاعتراض بعدم جواز استعمالها في التعاريف .

فهو بالاعتبار الاول مشترك لفظي لان اللفظ مشترك فيه بين عدة معان ، وبالاعتبار الثاني مشترك معنوي لان المعنى قدر مشترك فيه بين ما يندرج تحته من الانواع او الاصناف او الافراد . ونخصص لدراسة كل نوع مطلباً مستقلاً .

## المطلب الاول

### المشترك اللفظي ومدى تأثيره في فموض النصوص

المشترك اللفظي كما ذكرنا ، لفظ وضع باوضاع متعددة لاكثر من معنى واحد ، ويتعبير أدق ما اتحد لفظه وتعدد وضعه ومعناه . وعلى سبيل المثل لفظ (عين) وضعه أهل اللغة العربية تارة للباصرة، وتارة للعين الجارية ، ومرة للشمس ، واخرى للذهب ، كما وضعه فقهاء الشريعة لما يقابل الدين ، فقالوا الدين ما يتعلق بالذمة من مال او عمل وهو يقابل الحق الشخصي في القانون ، وما عداه من المنقولات والعقارات فهو عين (١) ويقابل الحق العيني في القانون ايضا .

### الاشترار اللفظي يجري في الاسماء والافعال والحروف

أ- من الاسماء المشتركة اشتراكا لفظيا : (قرء) مشترك بين الحيض والطهر ، ولفظ (عين) مشترك بين المعاني التي سبق ذكرها .

ب- من الافعال المشتركة : فعل (عسعس) بمعنى أقبل وادبر ، وفعل المضارع المشترك بين الحاضر والمستقبل .

---

١. في رد المحتار (٥ / ١٥٧) : « الدين ما وجب في الذمة بعقد او استهلاك ، وما صار في ذمته ديناً باستقراضه، فهو اعم من القرض ، والقرض لغة ما تعطيه لتتقاضاه ، وشرعا ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه ، وفي مرشد الحيران (م ١٦٨) : الدين ما وجب في ذمة المديون بعقد او استهلاك مال او ضمان مغضوب .  
والواقع ان كل ملتزم فيه يلتزم الانسان بادائه من عمل او امتناع عن العمل فهو دين وان تعلق بالاعيان بعد تعلقه بالذمة كالدين الذي يتعلق بالتركة بعد وفاة المدين وبالمال المرهون بعد الرهن وباموال المحجور عليه بعد الحجر ، فالدين والحق الشخصي مترادفان كترادف العين والحق العيني خلافا لما تصوره المرجوم الاستاذ السنهوري (مصادر الحق ١ / ١٨) من ان الدين في الفقه الاسلامي اضيق نطاقا من الحق الشخصي في القانون على اساس انه اذا تعلق بالمال كما في الامثلة المذكورة انفا يتحول الى العين ، وان العين في الفقه الاسلامي اوسع نطاقا من الحق العيني في القانون لانه يشمل كل حق عيني وكل حق شخصي يتعلق بالاموال كالدين المتعلق بالتركة وبمال المحجور .

ج- ومن الحروف المشتركة : بعض حروف المعاني (١) مثل (ل) و (على) ، وقد يدل فعل واحد على معنيين متضادين بسبب حروف المعاني ، وعلى سبيل المثال : فعل خلع اذا تعدى ب (على) يكون بمعنى لبس ، واذا تعدى بحرف (عن) بمعنى نزع .

وكذلك فعل «رغب» اذا تعدى بحرف (عن) يكون بمعنى اعرض ، واذا تعدى بحرف (في) يكون بمعنى اقبل واحب واراد (٢) .

وكانموذج لاشتراك حروف المعاني وتأثيرها على معاني النصوص نورد فيما يلي بعض معاني حرفي (ل) و (على) وهما من حروف الجر :

## أ- من معاني (ل) :

١- الظرفية : كما في قوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) (٣) أي في يوم القيامة .

١. تنقسم الحروف الى قسمين : حروف المعاني ، وحروف المباني ، وحروف المعاني هي التي وضعت للمعاني ولكنها في الدلالة عليها غير مستقلة بذاتها لا تفيد المعنى الا بعد استعمالها في الجملة لان وظيفتها الربط بين الجمل ومفرداتها ، ومن هذه الحروف : (اذن) و (ان) و (اي) ، (اذا) و (بل) و (ثم) و (حتى) و (رب) و (لو) و (لولا) و (كي) و (في) و (لن) و (من) و (ما) والواو والباء والفاء واللام .

وحروف المباني هي التي ليس لها المعاني اصلا وانما وظيفتها المساهمة في بناء الكلمة ومن هذه الحروف : ث ، ج ، ح ، د ، ذ ، ر ، ز ، س ، ش ، ص ، ض ، ط ، ظ ، ق ، ع ، غ .

وحروف المباني بما انها لم توضع للمعاني ليس لها أي تأثير على معاني النصوص ، بخلاف حروف المعاني فان النصوص الشرعية والقانونية تتأثر من حيث المعنى باختلاف هذه الحروف واختلاف معانيها ، وعلى سبيل المثال اذا ورد في النص : (للمحكمة ان تحكم بكذا) فان هذا يدل على الخيار وترك الامر للقاضي ان شاء حكم وان شاء رفض ، بخلاف ما اذا قيل (على المحكمة ان تحكم بكذا) فان هذا يدل على الحتم والالزام بسبب حرف (على) فليس للقاضي سلطة تقديرية بل هو ملزم بالحكم المنصوص عليه في المادة .

٢. ومن الجدير بالذكر ان علماء الاصول لم يتفقوا على اعتبار حروف المعاني كلها من المشترك اللفظي او بالنسبة لجميع معانيها :

فمنهم من قال بان الاشتراك لفظي ، ومنهم من قال : انه اشتراك معنوي ، ومنهم من يرى ان كل واحدة منها حقيقة في معنى من معانيها ومجاز في سائرهما ، ومع كل ذلك فان معرفة معاني حروف المعاني اهمية كبيرة بالنسبة لمن يتعامل مع النصوص سواء كان فقيها ام قاضيا او شارحا لذا نوصي بمراجعة المراجع الاصولية المعتمدة لاستيعاب معانيها مثل جمع الجوامع وشرحه ١ / ٣٣٥ وما بعدها ، فواتح الرحموت ١ / ٢٢٩ ، التمهيد للاستنوي ص ٢٠٨ وما بعدها شرح الكوكب المنير ص ٧٢ وما بعدها .

٣. سورة الانبياء / ٤ .

وقوله تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) اي وقت عدتهن وهو وقت طهر لم يمسه فيها .

٢- للسيرورة والعاقبة والمآل : كما في قوله تعالى (فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا) (١) .

٣- للتعليل : كما في قوله تعالى (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم) (٢) .

٤- للاختيار والصلاحية : كما في المادة (١٢٢) من المدني الاردني (للمحكمة ان تأذن للصغير المميز (٣) عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الاذن ان تعيد الحجر على الصغير) (٤) .

٥- للملكية : كما في المادة (٣٤٨) من القانون المدني الاردني (اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة ، او كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة ، والدين من جنس الوديعة او العين المغصوبة فلا تجري المقاصة الا باتفاق الطرفين) (٥) .

٦- السببية : كما في المادة (١٣٨ / ٣) من القانون المدني العراقي (ومع ذلك (٦) لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطال لنقص الاهلية ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) . اي اذا اُبطل (او فسخ) العقد بسبب نقص الاهلية (٧) .

## ب- من معاني (على) :

١- الالتزام والايجاب : كما في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ، وكما في المادة ٨٧٧ من القانون المدني الاردني :- (على المودع لديه ردّ منافع الوديعة وثمارها الى المودع) ، وكما في المادة (٢٥ / ٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي : «على المحكمة ان تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على اسباب رفضها مطاوعة زوجها» .

١. سورة القصص / ٨ .

٢. النحل / ٤٤ .

٣. اي تأذن له في التجارة اذا اكمل الخامسة عشر من العمر . راجع المادة (١١٩ / ١) من القانون المدني الاردني .

٤. تقابل هذه المادة لفظاً ومعنى المادة (١٠١) من القانون المدني العراقي .

٥. وهذه المادة تقابل المادة ٤١٠ من القانون المدني العراقي .

٦. اي مع ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة (من أنه اذا ابطال العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد) .

٧. كأن اشترى ناقص الاهلية مالا فاستلمه ثم رفض وليه اجازة هذا العقد .

- ٢- التعليل : كما في قوله تعالى (ولتكبروا الله على ما هداكم) أي لهدايتكم ، وكما في المادة (٣١) من قانون العقوبات «يعاقب على الشروع في الجنایات والجنح» (١) .
- ٣- الظرفية كما في قوله تعالى «ودخل المدينة على حين غفلة من أهلها» ، أي في وقت غفلتهم .
- ٤- المقابل والبديل : كما في المادة (٦١٧) من القانون المدني الاردني : «وتجوز شركة الاعمال على ان يكون المكان من بعض الشركاء والالات والادوات من الاخرين ..» (٢) . وكأن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق على مهرک المؤجل .
- ٥- الشرطية : مثل بعثك داري هذه بكذا على ان تسلمني الثمن نقدا او تقدم لي كفيلا به .
- ٦- المضرة : كما في قوله تعالى «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت» .

## المشترك اللفظي اللغوي والشرعي والقانوني :

ينسب الاشتراك الى واضح المشترك لمعانيه :

- أ- اذا كان الواضع أهل اللغة يكون اللفظ مشتركا لفظيا لغويا كلفظ (عين) وضعته القبائل العربية لعدة معان منها : الجاسوس ، وعين الماء ، والباصرة ، والذهب ، والشمس ، وغير ذلك ...
- ب- واذا كان الواضع أهل الشرع يكون مشتركا لفظيا شرعيا كلفظ (صلاة) وضعها أهل الشرع للعبادة المعروفة (٣) ، والرحمة ، والاستغفار (٤) .
- ج- وان كان الواضع أهل القانون يكون مشتركا لفظيا قانونيا ، كلفظ (عميد) للعميد في الجيش ، وعميد الكلية ، وكلفظ (غريم) للدائن والمدين (٥) .

١. وفي المادة (٧١) من قانون العقوبات الاردني :- (لا يعاقب على الشروع في الجنحة الا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة) فضيَّق من نطاق عقوبة الشروع في الجريمة بأن حصرها في الشروع في الجنحية ، وفي الجنحة التي ينص القانون عليها ، ويجب ان يكون هذا النص صريحا .
٢. وهذا المادة تقابل المادة (٦٨٢) من القانون المدني العراقي .
٣. كما في قوله تعالى (واقيموا الصلاة) .
٤. كما في قوله تعالى (ان الله وملائكته يصلون على النبي) .
٥. اذا كان المصطلح الشرعي او القانوني منقولا من معناه اللغوي يكون حقيقة في المعنى الجديد عند أهل الشرع والقانون وغيرهما من أهل النقل ، ومجازا في معناه الاصلي اللغوي . وكذلك العكس اي يكون حقيقة عند أهل اللغة في معناه اللغوي ومجازا في المعنى الجديد . ولكن بالنسبة لطرف ثالث غير الناقل والمنقول عنه يكون مشتركا لفظيا لانه حقيقة بالنسبة اليه في المعنيين .
- واذا دار اللفظ في النصوص الشرعية او القانونية بين معناه اللغوي والشرعي او بينه وبين القانوني يجب على المجتهد او القاضي حمله على المعنى الجديد دون اللغوي لانه مستعمل في النص الشرعي والقانوني هذا ما لم يحم دليل على ان المراد به معناه اللغوي .

## استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه معا :

اختلف فيه علماء الاصول :

أ- منهم من قال لا يجوز قياسا على الكسوة فكما ان كسوة واحدة لا يكتسبها شخصان كل واحد بكمالها في زمان واحد فكذلك المشترك اللفظي لا يمكن ان يراد به جميع معانيه في نص واحد وفي وقت واحد .

ب- وقال البعض بالجواز ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك لانه حقيقة في جميع معانيه . وقال البعض يصح عقلا لا لغة .

ج- وقال البعض بالتفصيل : فهو جائز اذا كان في حيز النفي مثل لا غريم في دارنا (أي لا دائن ولا مدين) ولا يجوز في الاثبات .

ومن وجهة نظري لا يوجد مانع شرعي أو عقلي في استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه في وقت واحد ما لم تكن هذه المعاني متضادة فيما بينها ، فلا يراد بالقرء الحيض والظهر معا لتضادهما ، وكذلك لا يقصد بفعل (عسعس) اقبل وادبر لنفس السبب بخلاف لفظ (نكاح) عند من يرى انه مشترك لفظي بين العقد والمعاشرة الجنسية فلا مانع اذا اريد به في قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) العقد والدخول معا . وكذلك الملامسة في قوله تعالى (او لامستم النساء) تحتمل اللمس باليد والمعاشرة الجنسية .

## تأثير الاشتراك اللفظي على معاني النصوص :

سواء كانت حقيقة فيهما أو مجازا في احدهما وحقيقة في الاخر لوجود المشترك اللفظي في النصوص الشرعية أو القانونية تأثير كبير على تحديد المعنى المراد منها واستنباط الاحكام ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك .

فالنص المتضمن للمشترك اللفظي يكون غامضا ولو بالنسبة الى بعض دون بعض من الفقهاء والقضاة والشراح ..

ومن الواضح ان أهمال النص في القضايا المدنية بحجة انه غامض أمر مرفوض (١) ويعد نكراناً للعالة ، لذا من الضروري البحث عن المعنى المراد بالاستعانة بوسائل ازالة الغموض .

١. في اصول السرخسي (١ / ١٦٢) : (ويشترط ان لا يترك طلب المراد به اما بالتأويل في الصيغة ، أو الوقوف على دليل آخر به يتبين المراد لان كلام الحكيم لا يخلو عن فائدة) .

ويعتبر الاشتراك اللفظي في نصوص الشريعة الاسلامية من أهم اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية ، وعلى سبيل المثل :

اختلفوا في المعنى المراد بالقرء في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) : فقال الحنفية (١) ، والحنابلة (٢) ، والاباضية (٣) المراد به هو الحيض (٤) ، وقال الشافعية (٥) ، والمالكية (٦) ، والشيعة الامامية (٧) ، والظاهرية (٨) : المراد به الطهر (٩) .

### ثمرة هذا الخلاف الاختلاف في الاحكام الاتية :

١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الاول الذاهب الى ان المراد به الحيض دون الثاني لان العدة تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني لاعتبار الجزء من الطهر الذي طلقت فيه قرء ، أما على الرأي الاول فتنتهي العدة بانتهاء الحيضة الثالثة وذلك يكون باول الدخول في الطهر الرابع .

٢- يجوز زواجه باخت مطلقته في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الاول .

٣- لها ان تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الاول .

١ . الهداية وشرح فتح القدير ٤ / ٣٠٨ .

٢ . المغني لابن قدامة ٧ / ٤٥١ .

٣ . كتاب النكاح للحنافيين ص ٣١٢ .

٤ . وفي ضوء ما ذكر اعلاه تعتبر صياغة المادة (١٣٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردني معيبة لانها ابقّت على (قروء) دون تحديد المعنى المراد منها ، وهو الحيض أم الطهر . ونصّها :- (مدة عدّة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة اذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الاياس ...) . لكن يمكن القول ان (القرء) في هذا القانون هو (الحيض) لانه كذلك عند الحنفية ، وقد اُحالت المادة (١٨٣) الى الراجح من مذهب ابي حنيفة فيما لا ذكر له في القانون المذكور ، ونصّها :- (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة) .

٥ . مغني المحتاج للشرييني ٢ / ٢٨٥ .

٦ . الخرشني ٤ / ١٣٦ .

٧ . الروضة البهية واللمعة دمشقية ٢ / ١٥٦ .

٨ . المحلى ١٠ / ٢٥٧ .

٩ . ومن امثلة الاختلاف في المشترك اختلاف الفقهاء في تحديد المعنى من الشفق فيما روي من ان النبي صلى الله عليه وسلم (صلى العشاء حين غاب الشفق) (رواه البيهقي ١ / ٣٦٩) . والشفق مشترك بين الاحمر والاصفر والابيض عن ابي هريرة ان المراد به البياض وبه قال ابو حنيفة وعنه قول متأخر انه الحمرة ، وقال الغزالي في الوسيط انه الحمرة وقال امام الحرمين يدخل وقت العشاء بزوال الحمرة والصفرة . انظر : قواعد العلاني تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود ١ / ١٢٥ وما بعدها .



- ٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيضة الثالثة على الرأي الاول دون الثاني لان الحيضة التي طلقت فيها لا تعتبر قرءاً .
- ٥- اذا كان الطلاق رجعياً يلحق بها الطلاق والخلع في الحيضة الثالثة على الرأي الاول دون الثاني لانها لا تزال زوجة حكماً .
- ٦- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الاول .
- ٧- اذا مات احدهما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على الرأي الاول دون الثاني .

## المطلب الثاني

# المشترك المعنوي

المشترك المعنوي (١) : هو لفظ وضع بوضع واحد لغة او شرعا او قانونا او في أي اصطلاح آخر لقدر مشترك بين عدة انواع او اصناف او افراد . فلفظ (جريمة) وضع شرعا وقانونا لفعل محظور معاقب عليه ، فهذا المعنى مشترك بين جميع انواع الجرائم (جريمة الاعتداء على الأشخاص ، او الاموال ، او الاعراض أو الامن والاستقرار ، او غيرها) .

ولفظ (قتل) موضوع شرعا وقانونا لازهاق النفس ، وهذا المعنى مشترك بين جميع اصناف القتل (القتل عمدا عدوانا ، القتل شبه العمد ، والقتل خطأ ، والقتل بحق وغيره) .

ولفظ (انسان) موضوع لغة للكائن الحي الناطق بالطبع ، فهو مشترك بين جميع افراده .. وهكذا ونستنتج من هذا : أن المشترك المعنوي والمطلق يلتقيان من حيث الاشتراك بين ما يندرج تحتها من الانواع او الاصناف او الافراد ، فلا تعارض بين كون المطلق من اقسام الخاص وكون دلالة على معناه قطعية باعتبار لفظه الموضوع لمعنى واحد بالجنس ، أو النوع ، أو الصنف ، وبين كونه من اقسام المشترك باعتبار معناه المشترك فيه بين الانواع ، او الاصناف ، او الافراد مما يندرج تحته ويمكن تصور ذلك بالنسبة الى العام أيضا ، ولم اطلع على هذا التحقيق في اي مرجع اصولي .

### تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص :

للمشترك المعنوي كالمشترك اللفظي ، تأثير كبير على فهم معاني النصوص بالتحديد ، وتشخيص المراد منها ، فيؤدي ذلك الى اختلاف في تفسير النص ، وبالتالي الاختلاف في الحكم المستنبط منه ، كما حدث ذلك بالنسبة الى قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يرث القاتل شيئا) ، أو (ليس لقاتل ميراث) ، أو (ليس للقاتل من الميراث شيء) على الروايات المختلفة ، فقد اختلف الفقهاء في تفسير

---

١ . المشترك المعنوي صفة المعنى فالمفروض ان يكون توصيف الالفاظ به على سبيل المجاز .

(القاتل) المشتق من (القتل) المشترك المعنوي بين جميع أصناف القتل وبالتالي اختلفوا في تحديد القتل المانع من الميراث (١) .

## موقف القانون من القتل المانع :

لم يورد المشرع الاردني نصاً في قانون الاحوال الشخصية في صفة القتل المانع من الميراث واكتفى بالاحالة الى الراجح من مذهب الامام ابي حنيفة (رح) بموجب المادة (١٨٣) ونصّها :- (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة) . ومذهب الحنيفة في القتل المانع انه القتل الموجب للقصاص ، اي العمد العدوان ، او الكفارة ، اي القتل الخطأ ، على ان يكون بالمباشرة دون التسبب .

وأخذت تشريعات عربية أخرى برأي المالكية ومن وافقهم الذين يرون ان القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء اكان القتل مباشرة أو تسبباً (٣) .

---

١. قال الحنفية (الدر المختار ٦ / ٧٦٧) : «المانع هو القتل الموجب للقصاص ، او الكفارة ويكون بالمباشرة دون التسبب» .

وقال المالكية (تحفة الحكام ٢ / ٣١٤) : «المانع هو القتل العمد العدوان على وجه الظلم» .

وقال الحنابلة (المغني ٦ / ٢٩١) : «القاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل ام خطأ» .

وقال الجعفرية (الخلافة للطوسي ٢ / ٣٩) : «القاتل اذا كان في معصية فانه لا يرث المقتول بلا خلاف ، وان كان عمداً في طاعة فانه يرث عندنا ، وان كان خطأ فانه لا يرث من ديته ويرث ما سواه ، وهم يتفقون مع المالكية» .

وقال الزيدية (البحر الزخار ٥ / ٣٦٧) : «المانع هو القتل العمد العدوان» .

وقال الاباضية (شرح النيل وشفاء العليل ٨ / ٣٦٩) : «القتل مانع بجميع انواعه» .

وللشافعية (المهذب ٢ / ٢٤) آراء مختلفة ومضطربة فكل رأي يتفق مع مذهب من المذاهب المذكورة .

وقال الظاهرية (المحلى ٩ / ٣٠٦) : «القتل لا يعتبر مانعاً مطلقاً لان هذا الحديث بجميع رواياته لم يثبت ثبوتاً يعطيه قوة بحيث يخصص عموم آيات القرآن التي لا تفرق بين القاتل وغيره» .

والرأي الذي نراه اقرب الى العدالة وروح الشريعة هو رأي المالكية والجعفرية والزيدية في ان المانع هو القتل العمد والعدوان .

٢. من هذه التشريعات قانون الاحوال الشخصية المصري حيث نصت المادة (٥) منه على: ان من موانع الارث قتل المورث عمداً سواء اكان القاتل فاعلاً اصلياً ام شريكاً ام شاهد زور ادت شهادته الى الحكم بالاعدام وتنفيذه اذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الاعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

وتطابقها المادة (٢٢٣) والمادة (٢٦٤) من قانون الاحوال الشخصية السوري ، ومجلة الاحوال الشخصية التونسية ، الفصل (١٩٨) ويقرب منها الفصل (١٧٩) من مدونة الاحوال الشخصية المغربية .

# المبحث الرابع الحقيقة والمجاز

قسم كثير من علماء الاصول والفقهاء الفاظ النصوص باعتبار استعمالها في معانيها الى اربعة اقسام : الحقيقة ، والمجاز ، والصريح ، والكناية . ولكن في الحقيقة والواقع ان الثالث والرابع من اقسام الاول والثاني لان كلا من الحقيقة والمجاز ان كان واضحا في دلالة على المعنى المراد فهو صريح والا فكناية (١) .

**الحقيقة** : وهي في اصطلاح أهل اللغة والشرع وعلماء البيان : لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب .

**المجاز** : لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب لصلة بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من ارادة الموضوع له .  
ونستنتج من هذين التعريفين ما يلي :

١- لا يوصف اللفظ لا بالحقيقة ولا بالمجاز قبل استعماله في المعنى .

٢- يجب وجود علاقة بين المعنى الحقيقي والمجازي كالشجاعة بين الحيوان المفترس والرجل الشجاع الذي يطلق عليه لفظ (أسد) .

٣- من الضروري وجود قرينة تدل على ان اللفظ لم يستعمل في معناه الحقيقي بان تكون مانعة من ارادته (٢) مثل رأيت اسدا في ساحة المعركة ، فساحة المعركة قرينة مقالية تدل على ان

---

١. في التلويح على التوضيح ١ / ٢٩٤ : «الصريح والكناية من اقسام الحقيقة والمجاز وليست الاربعة اقساماً متباينة ، اما عند علماء الاصول فلان الصريح ما انكشف المراد منه في نفسه اي بالنظر الى كونه لفظاً مستعملاً ، وبالكناية ما استتر المراد منه في نفسه سواء كان المراد فيها معنى حقيقياً ام معنى مجازياً .  
٢. هذا عند علماء البيان لكن عند الاصوليين غالباً يهتمون ذكر هذا القيد في تعريف المجاز وعلى هذا الاساس لا مانع لديهم من ان يطلق اللفظ ويراد به معناه الحقيقي والمجازي معا كلفظ نكاح في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) حيث استعمل في العقد (المعنى الحقيقي) والوطء (المعنى المجازي) عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى» .

المراد بلفظ الاسد الانسان الشجاع كالضابط والجندي ، واذا اوصى شخص لاولاد شخص آخر فاذا لم يكن له الا اولاد الاولاد يحمل عليهم لفظ الاولاد مجازا بالقرينة الحالية لانه اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز .

٤- في حالة وصف اللفظ بالحقيقة او المجاز يجب ان ينسب هذا الوصف الى الواضع ، فان كان أهل اللغة يكون الوصف حقيقة لغوية ، ويقابلها المجاز اللغوي ، وان كان أهل الشرع يكون حقيقة شرعية ، ويقابلها المجاز الشرعي ، وان كان أهل العرف يكون حقيقة عرفية ، ويقابلها المجاز العرفي ، وهكذا ...

## اقسام الحقيقة والمجاز

يؤخذ مما ذكرنا ان اقسامها باعتبار الواضع ثلاثة :

١- الحقيقة اللغوية : وهي اللفظ المستعمل من أهل اللغة فيما وضعوه له ، واذا استعملوه في معنى آخر لعلاقة بينه وبين الموضوع له يكون مجازا لغويا ، كاستعمال لفظ (اسد) فهو في الحيوان المفترس حقيقة وفي الانسان الشجاع مجاز .

٢- الحقيقة الشرعية : هي لفظ مستعمل من أهل الشرع فيما وضعوه له ، ويكون مجازا شرعيا ان استعملوه في معنى آخر له الصلة بالموضوع له ، فالصلاة في العبادة المعروفة حقيقة شرعية ، وفي الدعاء مجاز شرعي .

٣- الحقيقة العرفية : هي اللفظ المستعمل من أهل العرف العام او الخاص فيما وضعوه له ، ومجاز عرفي في معنى اخر له العلاقة مع المعنى الموضوع له كأستعمال لفظ «الدولة» من أهل العرف العام في شخصية معنوية ذات سيادة مستقلة معترف بها وفقا لميثاق الامم المتحدة والقانون الدولي العام ، فيكون حقيقة عرفية عامة ، وفي شخصية معنوية خاصة لم تتوافر فيها عناصر الدولة يكون مجازا عرفيا عاما .

وكأستعمال لفظ «الاستحسان» من أهل الاصول في استثناء مسائل جزئية من القاعدة الكلية رعاية للمصلحة او الضرورة او العرف يكون حقيقة عرفية خاصة ، وفي اعتبار الشيء حسنا يكون مجازا عرفيا خاصا ، وهكذا ..

**ثمرة التقسيم :** بعد استكناه ما ذكرنا من اقسام الحقيقة والمجاز نستطيع ان نصل الى النتائج الآتية :

**اولا :** الفاظ الحقائق الشرعية والعرفية غالبا مسبوقة بوضعها لمعان لغوية مع وجود الصلة بين المعنى السابق واللاحق ، فالربا لغة مطلق الزيادة وشرعا زيادة يحصل عليها احد المتعاقدين دون مقابل على حساب الاخر .

والشروع لغة البدء في الشيء مطلقا ، وقانونا البدء بتنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة اذا اوقف او خاب اثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها .

والفيتو (Veto) لغة مطلق الاعتراض وفي العرف الدولي العام رفض (او اعتراض) بالنسبة لقرار من قرارات مجلس الامن في المسائل الموضوعية من احدى الدول دائمة العضوية في مجلس الامن الدولي .

**ثانياً :** اللفظ المشترك بين المعنى اللغوي وبين الشرعي ، او بينه وبين العرفي اذا استعمله أهل الشرع او أهل العرف في معناه اللغوي يكون مجازا شرعيا او عرفيا واذا استعمله أهل اللغة في المعنى الشرعي او العرفي يكون مجازا لغويا .

**ثالثا :** اذا دار اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي وهو ضمن النصوص الشرعية فعلى الفقيه او القاضي ان يحمله على المعنى الشرعي ، وكذلك اذا دار بين المعنى اللغوي والمعنى القانوني في النصوص القانونية يحمل على معناه القانوني .

**رابعاً :** لا يمكن ان يراد باللفظ معناه الحقيقي والمجازي في وقت واحد عند من يشترط في تعريف المجاز وجود قرينة مانعة من ارادة الموضوع له لكن يجوز عند من لا يأخذ بهذا القيد (١) .

**خامساً :** الاصل في الاستعمال الحقيقة (٢) ، ومن القواعد العامة (اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) (٣) ، وهي مبنية على قاعدة (اعمال الكلام خير من أهماله) (٤) واذا تعذر المجاز ايضا يهمل بناء على قاعدة (اذا تعذر اعمال الكلام يهمل) (٥) .

١. راجع هامش (٢) في ص (٢٧٦) .

٢. المادة (١٢) من مجلة الاحكام العدلية (الاصل في الكلام الحقيقة)، والمادة (٢/٢١٤) من القانون المدني الاردني .

٣. المجلة المادة (٦١) . والمادة (٢ / ٢١٤) من القانون المدني الاردني بلفظ :- (... لا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقي) .

٤. المجلة المادة (٦٠) . والمادة (٢١٦) من القانون المدني الاردني .

٥. المجلة المادة (٦٢) كمن ادعى بنوة شخص وكان الواقع يكذبه .

## الصلة بين نظرية تحول العقد وقاعدة اعمال الكلام أولى من اهماله :

اساس نظرية تحول العقد هو كل من القاعدتين المذكورتين لان العقد حقيقة في اتفاق ارادتين فاكثر على أحداث اثر يعتد به الشرع (١) (أو القانون) ، فاذا تعذرت هذه الحقيقة كما في العقد الباطل يصار الى المجاز وهو التصرف المتحول اليه لان اعمال الكلام خير من اهماله ، فالبيع اذا كان باطلا لكون ثمنه شيئا تافها لا قيمة له بالنسبة الى القيمة الحقيقية للمبيع يتعذر على القاضي ان يحمله على معناه الحقيقي بل يصار الى معناه المجازي ، وهو اقرب تصرف تتوافر عناصره في هذا البيع كالهبة ، مع امكان انصراف ارادة المتعاقدين الى ذلك على تقدير علمهما ببطلان التصرف الاصلي .

ونستنتج من هذا ان عناصر نظرية التحول ثلاثة وهي :

١- ان يكون العقد (او التصرف) الاصلي باطلا ، فاذا كان صحيحا يحمل على معناه الحقيقي ولا يصار الى المجاز لان الاصل في الكلام الحقيقة .

٢- ان يتضمن العقد (أو التصرف) الاصلي جميع عناصر التحول اليه فاذا اضيف اليه عنصر جديد لا يكون هناك تحول وانما هو تصحيح العقد .

كمن اشترى شيئا ظانا انه اثري ثم تبين خطؤه فاراد فسخ العقد ، وعرض عليه البائع ما اراده فقبل ذلك ، نكون امام تصحيح العقد باضافة عنصر وهو الشيء الاثري المطلوب .

٣- جواز انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى المتحول اليه لو علما ببطلان التصرف الاصلي المتحول ، فلو اعطى المدين للدائن سندا عاديا للمدين ثم قدم له كمبيالة لم تستوف شروطها القانونية فتكون باطلة لكن لا تتحول الى السند العادي لان الدائن زُودَ به سابقا فلا تنصرف ارادة الدائن والمدين الى السند العادي في هذه الحالة لو علما ببطلان الكمبيالة .

ولكن اذا تعهد شخص لآخر بان يكون وارثا له بعد وفاته ولم تكن بينهما صلة القرابة او الزوجية فاذا توفي مصرا على تعهده يتحول الى الوصية لتعذر حمله على معناه الحقيقي (الميراث) لعدم توافر سبب من اسبابه وهي القرابة والزوجية ، لذا يحمل على معناه المجازي لان اقرب تصرف الى الميراث هو الوصية ، ولان عناصر الوصية متوافرة في هذا التعهد .

---

١ . حقيقة العقد : ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بالقبول الصادر من العاقد الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه فاذا تم الاتفاق او الارتباط ولكن لا على وجه يثبت اثره في المعقود عليه يكون باطلا .

ثم لو علم المتعهد ببطلان تعهده لا قدم على الوصية لانه اراد ان يقدم للمتعهد له خدمة مالية وهي تتحقق بالوصية ايضا ، وكذلك الحوالة بشرط عدم براءة المحيل تبطل حوالة وتصح كفالة، والكفالة بشرط براءة الاصيل عن الدين تبطل كفالةً وتصح حوالةً .

**الاستنتاج :** نستنتج من هذا التحقيق في اثبات الصلة بين نظرية العقد وبين القواعد الاصولية والفقهية المذكورة عدم صحة القول من بعض شراح (١) القانون بان نظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الالمان لان علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء سبقوا فقهاء القانون في اقرار هذه النظرية في الفقه واسباسها في أصول الفقه .

## الصريح والكناية

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار وضوح المعنى المراد منه وعدم وضوحه (٢) الى الصريح والكناية : (٣)

**الصريح :** هو كل لفظ (أو كلام) ظهر المراد به ظهوراً بيناً تماماً حقيقةً كان ام مجازاً ، فالعيار الذي يميزه من الكناية هو كونه مكشوف المعنى ، بين المراد بغض النظر عن كون الاستعمال في معناه الحقيقي او المجازي المتعارف عليه .

**حكمه :** هو العمل بمقتضى معناه المكشوف والاخذ بالارادة الظاهرة ، ولا ينظر الى نية المتكلم وما قصده منه ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك ، ويتعبير آخر يؤخذ بالارادة الظاهرة في كل تصرف قولي تكون صيغته صريحة ، ولا ينظر قضاء الى ادعاء قائله بانه نوى بتعبيره غير معناه الظاهر وان

---

١. كالاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال (مصادر الحق ٤ / ١٠٠) : نظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر واخذ بها التقنين المدني في نص صريح هو المادة (١٤٠) ، وعلى نهج التقنين المدني الالمانى سار التقنين المدني الجديد ، ومن الجدير بالذكر ان المدني العراقي (م ١٤٠) نص على انه ، اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه ، اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد .

٢. مسلم الثبوت وشرح فواتح الرحموت ١ / ٢٢٦ .

٣. لمزيد من التفصيل راجع : اصول السرخسي ١ / ١٨٧ وما بعدها ، التنقيح مع التوضيح والتلويح ١ / ٢٩٤ وما بعدها ، المنار وشرحه ص ٥١٢ وما بعدها .



ارادته الباطنة مخالفة لما يدل عليه تعبيره (الارادة الظاهرة) ما لم يتم دليل على تأييده . فلو قال الزوج لزوجته انت طالق او مطلقة واعترف بهذه الصيغة الصريحة امام القاضي او المفتي او شاهدين لا تسمع دعواه بعد ذلك بان لم يرد بذلك فرقة الزواج ما لم يتم دليل (او قرينة) يعزز صدقه (١) .

ولو حدد المتعاقدان محل العقد بالاسم او الاشارة ثم ادعى احدهما انه اراد غيره لا تسمع دعواه بدون بينة تؤيد ذلك .

ولا يحق للقاضي ان يسأل عن قصد المتعاقدين اذا كانت صيغة العقد صريحة ، ولا عن قصد الشاهد اذا ادلى بشهادته بعبارة صريحة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك ، لان البحث عن الارادة الباطنة في حالة صراحة الارادة الظاهرة قد يؤدي الى ضياع العدالة وعدم استقرار المعاملات .

**الكناية (٢) :** لفظ (او كلام) لا يكون مكشوف المعنى ولا بين المراد بحيث لا يعرف المقصود منه الا بالتفسير او القرينة .

**حكمها :** يكون الاعتداد بالارادة الباطنة التي تكشف اما ببيان النية او القرينة . فلو قال الزوج لزوجته : الحقى باهلك ، او اذهبي الى اهلك ، او انت علي حرام ، او انت كاختي وامي ، او نحو ذلك لا يحق للقاضي ان يحكم بوقوع الطلاق ولا للمفتي او يفتي به ، سواء اعترف الزوج بانه نوى بكلامه هذا الطلاق ام لا عند فقهاء الجعفرية والظاهرية لان الطلاق عندهم لا يقع بالكناية مطلقا نوى بها الزوج الطلاق ام لا وقال جمهور الفقهاء ان اعترف بانه نوى الطلاق يحكم بوقوعه (٣) .

---

١ . في مسلم الثبوت وشرحه ١ / ٢٢٦ : لو جرى على لسانه غلطا انت طالق يقع الطلاق ولو اراد الطلاق من وثاق وهو المعنى الاصلي فهي زوجته ديانة ولا يقع الطلاق الا قضاء لانه حاكم بالظاهر لا بالسرائر» .

٢ . وهي في اصطلاح علماء البيان استعمال اللفظ في لازم معناه الحقيقي مع جواز ارادة هذا المعنى او ذكر الملزوم واردة اللازم كذكر العقوبة في نص للدلالة على ان الفعل المعاقب عليه جريمة مثل قوله تعالى (ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلماً انما ياكلون في بطونهم ناراً) .

٣ . قال الحنفية (المبسوط ٦ / ٧٧) : «معيان الصريح استعمال اللفظ في الطلاق ويقع به الطلاق ولو بدون نية ، وما عداه كناية لا يقع به الطلاق الا مع النية .

وقال الجعفرية (الخلاف في الفقه للطوسي ٢ / ٢٢١) : «صريح الطلاق انت طالق او هي طالق ، او فلانة طالق ، ويقع به الطلاق مع النية وما عدا ذلك لا يقع به الطلاق ولو كان مع النية» .

**الاستفنتاج:** نستنتج مما ذكرنا ان العبرة بالارادة الظاهرة اذا كانت صيغة التعبير صريحة (١)، وبالارادة الباطنة اذا كانت الصيغة كناية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك . وهذا المعيار الدقيق لدى علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء للاخذ بالارادة الظاهرة او الباطنة افقه بكثير مما لدى فقهاء القانون من الاخذ بالارادة الباطنة مطلقا كما هو اتجاه التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها ، او بالارادة الظاهرة مطلقا كما هو المقرر في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها (٢) .

## ثمرة التقسيم

اهمية (او ثمرة) تقسيم اللفظ (او الكلام) الى الصريح والكناية تتجلى فيما تترتب عليه من آثار اهمها ما يلي :

أ- الصيغ الصريحة للعقود والتصرفات الانفرادية (الارادة المنفردة) المنشئة للحقوق والالتزامات ، او المسقطه لحالة شرعية (أو قانونية) قائمة تترتب عليها اثارها الشرعية والقانونية ما دام التعاقد (أو المتصرف) كامل الاهلية ، بخلاف الصيغ الكنائية فان الحكم بترتب اثارها يتوقف على معرفة نوايا اصحابها او قيام قرائن تحدد المراد منها .

ب- لا تقبل قضاءً دعوى مخالفة الارادة الباطنة للارادة الظاهرة متى كانت صيغة التعبير صريحة، فمن قال لزوجته ، وهو بالغ عاقل مختار . انت طالق لا يقبل منه قضاء اذا دعى انه

---

١. قضاءً لا ديانة ، أما ديانة فيُعَدُّ بالارادة الباطنة مطلقاً لأنها المعبرة صدقاً عن حال المرید (النية) ، والله مطلع عليها .

٢. قال السنهوري (الوسيط ١ / ٩٥) : «مذهب الارادة الباطنة هو المذهب اللاتيني يقف عند الارادة النفسية ، اما التعبير المادي عن هذه الارادة فليس الا قرينة عليها تقبل اثبات العكس» .

وقال ايضاً (مصادر الحق ٤ / ٣٢) : «العبرة في القانون الالمانى بالارادة الظاهرة ... وعلل الفقهاء الالمان اعتدادهم بالارادة الظاهرة بالسببين التاليين :

احدهما : ان الارادة لا يكون لها قوام قانوني الا اذا اتخذت مظهرها خارجيا اما اذا بقيت ارادة باطنة كامنة في خفايا النفس فهي ظاهرة نفسية ، وليست ظاهرة اجتماعية ، والقانون انما يعنى بالظواهر الاجتماعية .

وثانيهما : ان من صدرت منه الارادة يلتزم حتما بما ولدت هذه الارادة من مظاهر اطمأن اليها الناس في التعامل ، فوجب الاعتداد بالتعبير اي بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة .

لم يرد به فرقة الزوجة ، او انه كان هازلا ، او ناسيا ، او مخطئا (١) . ما لم يقد دليل على صدقه، لكن يجوز للمفتي ان يأخذ بما يدعيه ديانة تاركا امره بينه وبين الله . بخلاف ما اذا كانت صيغة التعبير كناية فانه يؤخذ قضاء وديانة بما يدعيه الشخص من موافقة ارادته الظاهرة للباطنة او مخالفتها لها .

ج- اذا وردت الفاظ كناية في افادات الشهود ، أو في اقرار المتهم في تهم جرائم الحدود لا يقضي القاضي بعقوبة الحد لما في الكناية من الشبهة (٢) في تحديد المراد ، والحدود تدرأ بالشبهات وفقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (ادرأوا الحدود بالشبهات) (٣) بخلاف التعابير الصريحة فانها خالية عن الشبهة .

د- عند من (٤) يفرق بين الرضا والاختيار تترتب الآثار على التصرفات الصريحة التي لا تقبل الفسخ فينقذ زواج المكره ، ويقع طلاقه ، وتصح رجعته .... لان هذه الصيغ لصراحتها ووضوحها تقوم عباراتها مقام معانيها (٥) ، اما التصرفات التي تقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة والرهن فتكون فاسدة عند تخلف الرضا ، والفساد صفة وسطية بين الصحة والبطلان على رأي هؤلاء (٦) .

١. وذلك للأسباب الآتية :

- ١- القصد ليس شرطا في صحة الطلاق ما دامت الصيغة صريحة .
  - ٢- الخطأ أو الهزل أو النسيان أمر باطني لا يعرف إلا ممن يدعيه وقد يكون كاذبا في دعواه .
  - ٣- الأصل في الإنسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ أو النسيان أو الهزل ، ويكفي هذا الأصل ان يكون حجة على صحة الفاظه ، وترتب الآثار عليها ، هذا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة لكن قال الشيعة الإمامية والظاهرية تقبل دعوى مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة ولو كانت الصيغة صريحة .
  ٢. في أصول السرخسي (١ / ١٨٩) : «الكناية فيها قصور باعتبار الاشتباه فيما هو المراد ولهذا قلنا ان ما يندري بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى ان المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنا والسرقة لا يصير موجبا للعقوبة» .
  ٣. وفي رواية : ادروا الحدود ما وجدتم لها مدفعا(سبل السلام ٤ / ١٩) .
  ٤. كالحنفية فقالوا : الاختيار لغة ترجيح فعل الشيء على تركه ، وشرعا : مباشرة السبب (او القصد الى السبب)، والرضا لغة : الارتياح الى فعل الشيء ، وشرعا رغبة الإنسان في ان تترتب الآثار على السبب الذي يباشره» .
  ٥. المنار وشرحه ص ٥١٢ . والمشرع الأردني لا يرى وقوع طلاق المكره ، موافقة لجمهور الفقهاء رغم انه اخذ غالب احكامه من مذهب الامام ابي حنيفة ، واحال اليه بموجب المادة (١٨٢) ما لم يرد ذكره في قانون الاحوال الشخصية فنصت المادة (٨٨) من القانون المذكور (لا يقع طلاق السكران ولا المدموش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم) .
  ٦. وهم يرون ان الرضا والاختيار يتكون من مجموعهما الركن المعنوي للتصرف فاذا تحققا معا يكون التصرف صحيحا ، واذا تخلفا معا - كما في تصرف عديم التمييز - يكون باطلا ، واذا تخلف الرضا يكون فاسدا ، ولا يتصور تخلف الاختيار مع تحقق الرضا .
- فطلاق المكره يقع اذا كانت الصيغة صريحة لانه تصرف لا يقبل الفسخ ، وبيعه يفسد في حالة التعبير الصريح لأن البيع يقبل الفسخ . والفرق بين الباطل والفساد عندهم ان الفاسد له الوجود لانه يتحول الى الصحيح بمجرد ازالة سبب الفساد كاجازة المكره بعد زوال الاكراه وحذف الفائدة في العقد الربوي ، والتنازل عن الشرط الفاسد المفسد ، بخلاف التصرف الباطل فانه لا يتحول الى الصحيح بازالة سبب البطلان وقال جمهور الفقهاء : الرضا والاختيار مترادفان ، وكذلك الفاسد والباطل .

## الفصل الثاني

### دلالة النصوص منطوقا ومفهوما

من البديهيات : أن الغاية المتوخاة من تشريع الاحكام وتقنين القوانين هي المصالح البشرية من جلب المنافع لهم ودفع الاضرار عنهم ، وتزويد الشريعة الاسلامية بالاهتمام بالمصالح الروحية والاخروية اهتمامها بالمصالح المادية والدينية .

ومن الواضح ايضا : ان النصوص قوالب الاحكام ، والالفاظ أوعية المعاني ، ومسؤولية اكتشاف الاحكام تقع على عاتق الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة . وكذلك من المعروف ان دلالة النصوص على الاحكام لا تجري على نمط واحد ، بل من هذه الاحكام ما هو منطوق يؤخذ من الفاظ النصوص وعباراتها ، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومعناها وعلها والمنطوق صريح وغير صريح ، وغير الصريح اشارة ، واقتضاء ، وايماء (١) ، والمفهوم موافق ، ومخالف . وبذلك يكون امام الفقيه والقاضي ست قنوات لاستقراء الاحكام من يبايعها وهي :

#### ١- المنطوق الصريح : (٢)

وهو ما دل عليه النص بالفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية (٣) مطابقة او تضمناً (٤) فقولته تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون ... الآية) (٥) يدل على مجموع العقوبات الثلاث مطابقة وعلى كل واحدة منها ضمن المجموع دلالة تضمينية .

١. في شرح الكوكب المنير ص ٢٢٨ : دلالة اللفظ تنقسم الى منطوق وهو ما دل عليه لفظ في محل نطق ، وهو

نوعان : صريح سواء كانت دلالة مطابقة او تضمن ، حقيقة او مجاز ، وغير صريح ، وتسمى هذه الدلالة دلالة التزام ، وتنقسم ثلاثة اقسام : اقتضاء ، واشارة ، وتنبية ، ويسمى التنبية ايماء .

٢. دلالة المنطوق الصريح عند الاصوليين من الحنفية تسمى دلالة العبارة ، او عبارة النص ، كما تسمى دلالة المفهوم دلالة . والتقسيم الى المنطوق والمفهوم اقرب الى الواقع ، وادق معيارا واقرب وأوضح للقانونيين فهماً واستيعاباً .

٣. بتعبير آخر ما سبق له النص اصالة يسمى منطوقا صريحا لانه منطوق به صراحة ، وما دل عليه النص تبعاً وعقلا يسمى منطوقا غير صريح .

٤. في مختصر المنتهى الاصولي وشرحه (٢ / ١٧١) : المنطوق ينقسم الى صريح وغير صريح فالصريح ما وضع له اللفظ فيدل عليه بالمطابقة او التضمن ، وغير الصريح بخلافه فيدل عليه بالالتزام ، وينقسم الى دلالة اقتضاء وايماء واشارة» .

٥. النور / ٤ .

## ٢- المنطوق غير الصريح (١)

وهو ما دل عليه النص دلالة عقلية التزامية . فهي عقلية لان مدرك الصلة بين الدال والمدلول هو العقل ، والتزامية لانه لازم للمنطوق الصريح فأينما تحقق يتحقق معه ويدرك ذلك كل من كان من ذوي الاختصاص في الموضوع .

والمنطوق غير الصريح ثلاثة اقسام :

أ- اشارة النص (أو دلالة الاشارة) : وهي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له (٢) .

ب- دلالة الاقتضاء : وهي دلالة عقلية التزامية على أن هناك كلمة (أو عبارة) تقتضى دلالة النص على المعنى (الحكم) المراد (٣) مراعاتها .

ج- دلالة الايماء : وهي دلالة عقلية التزامية للنص على ان حكمه معلل بعلّة يدور معها وجودا وعدمًا (٤) .

---

١. سماه الامدي : غير المنظوم فقال (الاحكام ٢ / ٢٠٨) : غير المنظوم وهو ما دلالاته لا بصريح صيغته ووضعه ، وذلك لا يخلو اما ان يكون مدلوله مقصودا لامتكم او غير مقصود ، فان كان مقصودا فلا يخلو اما ان يتوقف صدق المتكلم او صحة الملفوظ به عليه ، او لا يتوقف ، فان توقف فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء ، وان لم يتوقف فلا يخلو اما ان يكون مفهوما في محل تناوله اللفظ نطقا اولاً فيه ، فان كان الاول فتسمى دلالاته دلالة التبيين والايماء ، وان كان الثاني فتسمى دلالاته دلالة المفهوم .

واما ان كان مدلوله غير مقصود (أي بالذات) للمتكم فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاشارة .

٢. كدلالة مجموع قوله تعالى (وحمله وفصالة ثلاثون شهرا) وقوله تعالى (وفصالة في عامين) على ان اقل مدة الحمل ستة اشهر ، وذلك بطرح المدة الثانية من المدة الاولى .

٣. كدلالة قول الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) على ان في هذا الكلام كلمة محذوفة تجب رعايتها وهي (المؤاخظة) أو (العقاب) أو نحو ذلك .

٤. كدلالة قوله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) على ان علة تحريم اكل مال اليتيم هي حماية أمواله .

٣- مفهوم الموافقة (او المفهوم الموافق) (١) : وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته ، ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته .

٤- مفهوم المخالفة (ام المفهوم المخالف) : وهو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد وارد فيه ، ومعتبر في الحكم (٢) .

ويتبين لنا من هذه المقدمة عيب صياغة الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المدني العراقي (٣) والمدني المصري (٤) وكل قانون آخر حذوهما (٥) في هذه الصياغة : تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، لان ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة ، وبذلك لا يخول القاضي باستنباط الاحكام من النصوص الا من احدى هاتين القناتين .

ولهذا النقص التشريعي نقترح تعديل هذه الفقرة بالاتي : «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها» . لان المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح ، وغير الصريح يشمل اقسامه الثلاثة ، والمفهوم يعم مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة .

ولأهمية معرفة هذه الأنماط من دلالات النصوص بالنسبة لكل من يتعامل مع النصوص نخصص لدراسة كل من المنطوق والمفهوم مبحثاً مستقلاً .

---

١. ويسمى دلالة المفهوم ايضا كما يسمى عند الحنفية دلالة كدلالة قوله تعالى (فلا تقل لهما اف) على تحريم كافة الايذاءات من الضرب والشتم وغيرهما ، فهو يدل بمنطوقه الصحيح على تحريم التأنيف ، وبمفهومه الموافق على تحريم تلك الايذاءات .

٢. كدلالة قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) بمنطوقه الصريح على تحريم زواج الربيبية بعد الدخول بأماها ، وبمفهومه المخالف على عدم تحريمه اذا طلق أمها أو توفيت قبل أن يدخل بها . وهذا المفهوم يؤخذ من قيد (اللاتي دخلتم بهن) فهو قيد معتبر في الحكم (التحريم) .

٣. رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٤. رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٥. كالقانون المدني الاردني اذ نصت المادة (٢ / ١) على :- (تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ...) .

## المبحث الأول منطوق النصوص

المنطوق - كما سبق - صريح وغير صريح ، والصريح (١) ما تناوله النص في لفظه من حكم لا يتوقف استنباطه منه على غيره ، وهو قطعي الدلالة ان دل على معنى لا يحتمل غيره ، وظني الدلالة ان احتمل معنى آخر (٢) كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله .

والمنطوق غير الصريح ما تناوله اللفظ اشارة ، او اقتضاء ، او ايماء . ولزيادة الايضاح نوزع دراسة هذه الاقسام الثلاثة للمنطوق غير الصريح على ثلاثة مطالب (٣) .

١. عند الاصوليين من الحنفية يطلق على المنطوق الصريح مصطلح عبارة النص من عبرت الرؤيا اذا فسرتها وسميت الالفاظ الدالة على المعاني عبارات لانها تعبر عما في النفس شرح المناصر ٥٢٠ .  
ومن الجدير بالاشارة ان اصطلاح المنطوق لا يختص بالنصوص الشرعية والقانونية لانه من خواص الالفاظ مطلقاً .
٢. وعند بعض الاصوليين كالشافعية يسمى المنطوق الصريح نصاً ان كانت دلالاته قطعية ، ويسمى ظاهراً ان كانت دلالاته ظنية ، جمع الجوامع وشرحه ١ / ٣٣٦ .
٣. وجه التركيز على دراسة المنطوق غير الصريح هو ان المنطوق ملزوم وغير الصريح لازم له ففي أي نص تحقق المنطوق غير الصريح يتحقق معه المنطوق الصريح لان اللازم اذا كان مساوياً للزومه فانه لا يتحقق بدونه .

## المطلب الاول

### اشارة النص وتطبيقاتها

سبق ان عرفنا اشارة النص (او دلالة الاشارة) بأنها : دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له ، واللازم المساوي يستلزم ملزومه اينما تحقق ، وبناء على ذلك يكون للنص الذي يدل على حكم دلالة اشارة منطوق صريح يدل عليه دلالة لفظية وضعية مطابقة او تضمننا ، وهذه الميزة تتميز بها النصوص مطلقاً سواء أكانت شرعية ام قانونية وفيما يلي تطبيقات شرعية وقانونية :

#### أ- نموذج من النصوص الشرعية الدالة على الاحكام دلالة اشارة :

قال سبحانه وتعالى : (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة . وعلى المولود له (١) رزقهن وكسوتهن (٢) بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار (٣) والدة بولدها ولا مولود له بولده . وعلى الوارث مثل ذلك . فان ارادا فصالاً (٤) عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وان اردتم (٥) ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف . واتقوا الله واعلموا ان الله بما تعملون بصير) . (٦) تدل هذه الاية على عدة من الاحكام الشرعية منها منطوق صريح ، ومنها مدلول عليها دلالة اشارة كما في التفصيل الآتي :

#### أولاً : الاحكام المنطوق بها صراحة .

١- يجب (أو يندب) ارضاع الاطفال على امهاتهم ، فهو واجب في حالة قيام الزوجية عند جمهور

---

١ . اي الاب . والهاء يعود الى (ال) الموصولة وهي بمعنى الذي اي وعلى الذي يولد له .

٢ . اي دفع الرزق بمعنى الاجرة التي يتحصل بها الطعام والشراب والكسوة على الارضاع .

٣ . بضم التاء عند بعض على اساس انه جملة خبرية معناها النهي ، وهو يحتمل البناء للفاعل والمفعول ، وان يكون الاصل تضارر بكسر الراء الاول او تضارر بفتحها وعلى الاول تكون المرأة هي الفاعلة للضرار وتضرر الاب عن طريق اضرار الوالد وعلى الثاني الاب يضرها عن طريقه .

٤ . اي قطعاً قبل الحولين وانما سمي فصالاً لأن الولد يتفصل عن الاغتذاء بلبن أمه الى غيره من الاقوات .

٥ . الخطاب للاباء .

٦ . سورة البقرة / ٢٣٣ .



العلماء ما لم يكن هناك عذر ، ومندوب بعد الفرقة بين الزوجين بقريئة قوله تعالى (فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) لانه لا يجوز أخذ الاجر على الواجب (١) ، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله (والوالدات يرضعن اولادهن) ، لانه جملة طلبية (٢) معنى وان كانت خبرية لفظاً .

٢- يندب أن تكون مدة الرضاعة حولين كاملين تحقيقاً لا تقريباً ، وهذا التحديد ليس على وجه الحتم والالزام لانه منطوق صريح لقوله تعالى (حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة) فعلق الاتمام بارادة الوالدين وبقريئة قوله تعالى (فان اراداً فصلاً... الآية) اي ان اراد الوالدان فطام الطفل قبل اتمام الحولين لهما ذلك ما لم يكن مضراً به ، فحكم المدة هو الندب .

٣- يجب على والد الطفل نفقة وكسوة المرزعة عيناً او نقداً عوضاً عن قيامها بارضاع الطفل وحضائته ، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) لان حرف (على) للالزام .

والمراد بالوالدات : الزوجات المطلقات اللاتي لهن اولاد من ازواجهن ببيليل ما يلي :

١- هذه الآية أتت بعد آيات أحكام الطلاق ، فهي متممة لهذه الاحكام . ومن اثار الطلاق وجوب نفقة المطلقة مقابل الارضاع ، اما في حال قيام الزوجية فانه واجب عليها لأنها زوجة وأم ، والاتفاق واجب على والد الطفل لانه زوج ، فالنفقة للزوجية لا الارضاع .

ب- من الأمور الطبيعية أن يحصل التباعد والتعادي بين الزوجين بعد الفرقة الامر الذي قد يحمل المرأة على ايداء الولد ، لانه ايذاء للزوج بصورة غير مباشرة ، او قد ترغب في ان تتزوج زوجاً آخر فتهمل امر طفلها .

ولهذه الاسباب وغيرها امر سبحانه وتعالى الامهات المطلقات بانئناً بارضاع اطفالهن مقابل اجرة عينية او نقدية لعيشها بالمعروف ، اما المطلقة طلاقاً رجعيماً فهي في حكم الزوجة الحقيقية في وجوب الارضاع عليها .

٤- الواجب في النفقة والكسوة يكون على قدر حال الزوج في اعساره ويساره لانه ليس من المعروف والعدل الزام المعسر باكثر مما يقدر عليه ويمكنه ، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى (بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها) .

١. نكر المشرع الاردني عدم استحقاق الام اجره على ارضاع ولدها حال قيام الزوجية حقيقة او حكماً في المادة (١٥٢) من قانون الاحوال الشخصية ، واستحقاقها اجر المثل اذا كانت بانئناً ، في المادة (١٥٣) .

٢. اثبتت الدراسات والتقارير التي قدمتها منظمة اليونيسيف ان الرضاعة الطبيعية تمنع اصابة الاطفال بكثير من الامراض .

٥- يحرم على كل من الابوين ان يضر الاخر بسبب ولدهما الرضيع في تنفيذ احكام الرضاعة : فلا تأبى الام ان ترضعه اضرارا بأبيه ، ولا يجوز ان تطلب هي اكثر من اجر مثلها ، ولا يحل للاب ان يمنع الام من الارضاع اذا رغب فيه ، ولا ان يقتر عليها في شيء مما يجب عليه ، فلا تكلف الام الصبر على التقدير ، كما لا يكلف الاب ما هو اسراف وما لا يقدر عليه ، بل يجب ان يكون كل ذلك بالمعروف ، كذلك ليس له ان ينتزع الولد منها بدون سبب شرعي ... وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى (لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده) .

٦- اذا مات الاب او عجز عن الاتفاق على الزوجة المطلقة المرصعة ينتقل الوجوب الى ذمة وارث الطفل الرضيع ، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) (١) .

٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على انتهاء فطام الطفل قبل اكمال الحولين (السننتين) ما لم يكن ذلك مضرا بالطفل ، فالتحديد للكمال ، وعلى وجه الندب ، وليس الحتم والالزام ، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى (فان ارادا فصلا ... الاية) .

٨- يجوز للاباء ان يسترضعوا اولادهم ، ويطلبوا لهم من يرضعهم من النساء سوى أمهاتهم شريطة ان يسلموا اليهن ما ارادوا تسليمه من الحق المتفق عليه ، او المحدد بالعرف دون مماطلة او نقص لان عدم توفير اجرهن يبعثهن على التساهل بامر الصبي والتفريط في شأنه ، على ان جواز استرضاع غير الام مشروط بعدم المضارة بالام لما ورد في الاية من قوله تعالى (لا تضار والدة بولدها) .

وحكم استرضاع غير الامهات منطوق صريح لقوله تعالى (وان اردتم ان تسترضعوا) الاية (٢) .

---

١. وقال البعض - كالرازي - (التفسير الكبير / ٦ / ١٢١) : المراد وارث الاب فيجب عليه عن موت الاب ما كان واجبا على الاب ، لكن هذا خلاف ظاهر الاية التي تشير الى ان هذا من باب الغرم ، فنفقة الطفل تكون على الوارث لانه يرثه لو مات وله مال .

٢. لمزيد من التفصيل في معرفة هذه الاحكام راجع التفاسير المعتمدة التالية :

التفسير الكبير للرازي / ٦ / ١٢٤ وما بعدها ، تفسير النسفي / ٢ / ١١٧ وما بعدها ، تفسير القرطبي / ٣ / ١٦٠ وما بعدها ، احكام القرآن للجصاص / ٢ / ١٠٤ وما بعدها ، احكام القرآن لابن العربي / ١ / ٢٠٢ وما بعدها .

## ثانيا : الاحكام المدلول عليها دلالة اشارة :

١- نسب الاولاد يكون لابائهم دون امهاتهم ، وجه الدلالة ان لام (له) حقيقة في الملكية ، ولتعذر حملها على معناها الحقيقي تحمل على اقرب معنى الى الملكية وهو النسب (١) ، ثم ان حرف (ال) في (المولود له) بمعنى (٢) الذي ، والتقدير : وعلى الذي يولد له ، وهذا يدل اشارة على ان الوالدات انما ولدن لهم ، وهذه هي حكمة اختيار المولود له بدلا من الوالد .

٢- على الاب وحده في حال حياته وتمكنه نفقة اولاده القاصرين ذكورا كانوا ام اناثا ، وانفاقه على المرضعة في فترة الرضاع انفاق على الطفل الرضيع بصورة غير مباشرة ، فهو واجب عليه ايضا .

وجه الدلالة : ان الاب وحده يتميز بخصوصية النسب ، وفي مقابل هذا الغنم عليه غرم النفقة أخذاً بقاعدة (الغرم بالغنم) (٣) ، أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره .

٣- يفضل لبن الام على لبن غيرها لما له من التأثير على صحة الطفل وسلوكه وجه الدلالة : توجيه الامر بالارضاع الى الامهات اولاً ، ثم استثنى من هذا الاصل جواز الاستعانة بغير الامهات اذا دعت ضرورة الى ذلك من رعاية مصلحة الطفل فقال سبحانه وتعالى (وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم ... الاية) .

٤- للوالد وحده حق التصرف في مال ولده بدون إذنه (٤) ، استثناء من قاعدة تحريم أكل مال الغير بدون رضاه او طيبة نفسه في قوله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

---

١ . في فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (١ / ٤٠٧) : الاية لإيجاب النفقة على الاباء ، ولكن قد عبر سبحانه عنهم بالمولود له ، ونسب الولد اليهم بحرف اللام ففية اشارة الى اختصاص الولد بالوالد نسباً اذ لم يرد التملك قطعاً فينفرد ولا يجب شيء منها على الام .

٢ . لان (ال) اذا دخلت على اسم الفاعل او اسم المفعول تكون موصولة بمعنى الذي او التي ، ويستوي فيه المذكور والمؤنث ، والمفرد والجمع ، قال ابن مالك في الفيته :

ومن وما وال تساوي ما ذكر وهكذا ذو عند طي قد شهر

٣ . مجلة الاحكام العدلية (م ٨٧) .

٤ . في المغني لابن قدامة (٥ / ٦٧٨) : للاب ان يأخذ من مال ولده ما شاء ، ويملكه مع حاجة الاب الى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد ام كبيراً ، بشرطين : احدهما ان لا يجحف بالابن ، ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته . والثاني : ان لا يأخذ مال ولده فيعطيه لآخر .

بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم) ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ الا بطيبة نفسه .

وجه الدلالة : ما للاب من نسب ، وما عليه من نفقة ، ومن تأمين كافة متطلبات عيش ولده حتى يبلغ اشده ، ويقدر ان يعتمد على نفسه .

٥- اذا قتل الوالد ولده قتلا عمدا عدوانا لا يجب عليه القصاص ، وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجن .

وجه الدلالة : انه سبب وجوده فلا يكون هو (أو قتله) سببا لاعدامه وعلى هذا الاساس قال علماء الاصول : الابوة مانعة من القصاص (١) ، وكذلك اذا قذف ولده لا يعاقب بعقوبة حد القذف المقرر بالنص ، بل يعزر .

٦- وجوب نفقة الاقارب لا يقتصر على قرابة البنوة كما قال البعض (٢) ، ولا على الوارث ذي الرحم كما هو رأي البعض الاخر (٣) انما يشمل كل قريب وارث .

وجه الدلالة : ان لفظ (الوارث) في قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) معرف بال الاستغراق فأفاد العموم ، ولم يثبت دليل يخصصه ، ثم ان الحكم (وجوب النفقة) تعلق بوصف (الوارث) وتعلق الحكم بالمشتق يدل على عليية (سببية) مأخذ الاشتقاق فالسبب هو الوارث فيدور معه وجودا وعمدا .

٧- الام احق بحضانة ولدها ، وجه الدلالة: ان الله قد أمرها بالارضاع وهو جزء من الحضانة (٤). والحضانة كالرضاع لهما صفة مزدوجة فكل منهما حق والتزام ، فمن حيث أنه التزام لا يحق

---

١. قال عمر الخباز في اصوله (مخطوطة مكتبة الاوقاف - بغداد) : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن عبارة عن ايجاب النفقة على الاب ، اشارة الى ان نسبة الولد اليه ، وان له حقا في ماله ونفسه ، وانه لا يعاقب بسببه ، وانه ينفرد الاب بنفقته ، والابن الموسر بنفقة ابيه اليه بلام الملك .

٢. كالشافعي فقال : لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين كشف الاسرار ٢ / ٥٣٢ .

٣. كالحنفية ، المرجع السابق : قال ابن ابي ليلى يجب النفقة على كل وارث لظاهر قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) .

٤. قال ابن العربي (أحكام القرآن ١ / ٢٠٤) ، قال علماؤنا : الحضانة بدليل هذه الآية للام والنصرة للاب ، لأن الحضانة مع الرضاع ، ويبنى على هذا ما جاء في المادة (١٥٤) من قانون الاحوال الشخصية الاردني من ان الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك .

لها ان تتنازل عن اي منهما بدون عذر مشروع اذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الطفل ، وكذلك ليس لها الامتناع عن الارضاع ان لم تجد من ينفق عليها ، كما ان التزامها بالعدة لا يسقط ان لم يكن هناك من ينفق عليها اثناء العدة .

وحكمة أحقية الام بالحضانة : هي مالها من الحنان والشفقة والسكينة النفسية مما له الاثر الفعال بالنسبة لسلوك الطفل اذا تولت بنفسها الاشراف عليه مباشرة .

٨- على الزوجة الغنية نفقة زوجها الفقير ، وجه الدلالة : انها وارثة له (١) وقد ربط سبحانه وتعالى بين الانفاق والميراث فقال (وعلى الوارث مثل ذلك) وهذا يدل على ان مسؤولية الانسان بالانفاق على الغير مبنية على اساس انه وارث له ، وبما ان الزوجة وارثة لزوجها اذا مات قبلها فتجب عليها نفقته اذا كانت غنية وهو فقير ، وبناء على ذلك تكون نسبة الالتزام بالانفاق حسب نسبة الاستحقاق في التركة في حالة التعدد ، فالفقير الذي له اخت واخ من الابوين او من الاب عليهما النفقة عليه ثلاثا لان استحقاقهما لتركته (٢) يكون وفق قاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين) . (٣)

ومن الايات الاخر في القرآن الكريم التي تدل على الاحكام دلالة اشارة : قوله تعالى ( لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) (٤) يدل اشارة على صحة الزواج بدون ذكر المهر فيه ، وقوله تعالى (احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) (٥) يدل اشارة على صحة صيام رمضان مع الحدث الاكبر لانه مسموح للزوجين بالمعاشرة الجنسية الى اللحظة الاخيرة من الليل ، ومن الواضح ان الغسل بين نهاية الليل وبداية الفجر متعذر(٦) .

- 
١. قال ابن حزم (المحلى ١٠ / ٩٢) : فان عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامراته غنية كلفت النفقة عليه ، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان أبسر ... برهان ذلك قول الله عز وجل (وعلى الوارث مثل ذلك) ، فقال علي : الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن .
  ٢. خلافا للظاهرية ، ففي المحلى (١٠ / ١٠٧) : لا يجوز ان كان الورثة كثيرا ان ينفقوا على المحتاج الا على عددهم لا على قدر موارثهم لان النص سوى بينهم بايجاب ذلك عليهم .
  ٣. في كشف الاسرار (٢ / ٥٣٢) : وفيه اشارة الى ان النفقة تجب بقدر الميراث لان الارث علة لوجوبها فيجب بناء الحكم على معناه وهو الارث ، والحكم يثبت بقدر العلة لان الغرم بازاء الغنم .
  ٤. سورة البقرة / ٢٣٦ .
  ٥. سورة البقرة / ١٨٧ .
  ٦. انظر كشف الاسرار (٢ / ٥٣٢) .

## ب- نموذج من النصوص القانونية الدالة على الاحكام دلالة اشارة :

١- المادة (٣٧٨ / ١) (١) من قانون العقوبات العراقي القائم (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين ، او اتخاذ أي اجراء فيها الابناء على شكوى الزوج الاخر) .

فالمنطوق الصريح للفقرة الاولى من هذه المادة هو : ان احد الزوجين اذا ارتكب جريمة الزنا فلا يجوز لأي شخص ان يحرك الدعوى ضده الا الزوج الاخر البريء المجني عليه ، علماً ان الادعاء العام هو الجهة التي يتم بواسطتها تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية .

وتدل دلالة اشارة على أن جريمة زنا احد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر ، وينبني على ذلك ان لهذا الزوج المعتدى عليه مطلق الحرية في تحريك الدعوى وعدمه وفي التنازل عن حقه قبل الدعوى وبعدها ، وقبل صدور الحكم بالعقوبة وبعده وفي حالة التنازل ليس للقضاء الحكم بالعقوبة ، ولا للجهة التنفيذية تنفيذ الحكم .

وتعتبر جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية اعتداء على الحق العام أي على قيم المجتمع ، واخلاقه، واعراضه ، وانسابه ، ومخالفة لحكم الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلاً) . ولا تفرق هذه الشريعة في التجريم والتحريم بين زنا احد الزوجين وغيره الا بالنسبة للعقوبة فهي اشد بالنسبة للمتزوج والمتزوجة ، وهي لا تحمي حقاً خاصاً لاحد الزوجين لانه قد يكون برضاه ، او يمارس نفس الجريمة ، وبغض النظر عن ممارسة الاخر لنفس الجريمة ، ولا تستهدف حماية حق المزنئ بها لانه قد يكون الزنا برضاها ، انما تحمي الحق العام والنظام العام والاداب العامة .

١. وكذلك (م٣ / ١ / ف١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي (لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية :
  - ١- زنا الزوجية ، او تعدد الزوجات خلافاً لقانون الاحوال الشخصية .
  - والمادة (٢٧٤) من قانون العقوبات المصري (المرأة المتزوجة التي تثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، ولكن لزوجها ان يوقف تنفيذ هذا الحكم برضاها معاشرتها له كما كانت) .
  - وتضمنت المادة (٣٧٨ / ١) من قانون العقوبات العراقي ما يلي ايضا : ولا تقبل الشكوى في الاحوال الآتية :
    - أ- اذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة . وتقابلها الفقرة (٣) من المادة (٢٨٤) من قانون العقوبات الاردني .
    - ب- اذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة . وتقابلها الفقرة (٤) من المادة (٢٨٤) من قانون العقوبات الاردني .
    - ج- اذا ثبت ان الزنا تم برضاها الشاكي .

وكذلك عقوبة الزنا عقوبة حدية من حقوق الله ومن الحقوق العامة لا يملك احد سلطة العفو او التنازل عنها ، او تعديلها .

ويبينني على ذلك ان لكل بالغ عاقل ان يساهم في مكافحة هذه الفاحشة بنفسه أو باعلام الجهات المختصة لأنها من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

٢- المادة (٢٢٤) من القانون المدني الاردني القائم (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) تدل بمنطوقها الصريح على أن للعرف في تقييد العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به .  
وتدل دلالة اشارة على أن المتعاقد الملزم بالوفاء بالتزامه بمقتضى العرف اذا لم ينفذ هذا الالتزام جاز للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد .

٣- من اوصى بمنفعة عقاره دون رقبته دل تصرفه بمنطوقه الصريح على ان الموصى له ينتفع بالمنفعة الموصى بها بعد وفاة الموصي ما دام باقيا على قيد الحياة ما لم تقيد الوصية بالمدة ، وتدل دلالة اشارة على ان شخصية الموصى له مأخوذة بنظر الاعتبار لدى الموصي بحيث اذا توفي لا تنتقل الى ورثته بل ترجع المنفعة الى من يملك الرقبة من الورثة ما لم يرقم دليل على خلاف ذلك .

٤- من وهب ماله لشخص وتوافرت شروط هبته دل عقد الهبة بمنطوقه الصريح على تملك الواهب للموهوب له في حال حياته على سبيل التبرع .

وتدل دلالة اشارة على الانن بالقبض فاذا قبضه الموهوب له بدون اذن الواهب يكون القبض صحيحا ينتج اثاره الشرعية والقانونية ما لم ينص صراحة على منع القبض بلا اذن منه ، وعندها لا يعمل بدلالة الاشارة وفقا للمادة (٢١٥) من القانون المذكور (لا عبارة بالدلالة في مقابلة التصريح) .

## المطلب الثاني

### دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها

قد يترك الشارع (او المشرع) كلمة (او عبارة) في نص تقتضي دلالة على المعنى المراد رعايتها واعتبارها جزءاً من هذا النص ، ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص .

والسر في عدم ذكر هذه الكلمة (او العبارة) رغم أهميتها يعود اما الى وضوحها وامكان ادراكها بأدنى تأمل ، او الى ابقاء النص على عمومته بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون امام القضاء مجال واسع لتقدير ما يتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها ، كما يجوز ان يكون الترك لاسباب أخرى بالنسبة لمن كلف باعداد مشروع القانون الوضعي كالجهل باهمية القيد المحذوف ، او النسيان ، او الخطأ ، او غير ذلك .

وايا كان سبب عدم الذكر فان عبء ادراكه واعتباره حين استنباط الحكم من النص يقع على المجتهد او القاضي او كل من يهمله فهم المراد من هذا النص (١) ويسمى المقتضي (بكسر الضاد) .

ودلالة الاقتضاء موجودة في كثير من النصوص الشرعية والقانونية :

أ- من النصوص الشرعية المقتضية لضم ضميمة ما يلي :

**اولا :** اذا تعلق الحكم بعين (او ذات) فانه يجب تقدير فعل من افعال الانسان يكون مناسباً

---

١. في تسهيل الوصول الى علم الاصول (ص ١٠٥) : الاقتضاء معناه لغة الطلب ، والنص قد يطلب زائداً عليه ليصح المنصوص عليه فلا يوجب النص شيئاً الا بتقديم ذلك المقتضى عليه فيكون شرطاً لعمل النص سابقاً عليه اذ الشرط يتقدم على المشروط دائماً ، فكان النص مقتضياً اياه لتصحيحه ، فلهذا انتسب المقتضى (بفتح الضاد) مع حكمه الى النص وهو المقتضي (بكسر الضاد) وكان كلمة من دلالة النص فهناك أمور أربعة المقتضى وهو النص ، والمقتضي وهو ذلك الشرط ، والاقتضاء وهو النسبة بين المقتضي والمقتضى وحكم المقتضى وهو الثابت به ، ومعنى الدال بالاقتضاء اصطلاحاً : اللفظ الدال على شيء مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على ذلك المسكوت كما في قوله (ص) : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان أي حكم الخطأ والنسيان لانهما لم يرفعا عنهم لوقوعهما منهم . وفي اصول الشاشي ص (٣١) .  
اما المقتضى فهو زيادة على النص لا يتحقق معنى إلا به كان النص اقتضاه ليصح في نفسه معناه .



للمقام والحكم لان متعلقات الاحكام التكليفية لا تكون الا من أفعال وتصرفات الانسان لذا عرف علماء الاصول الحكم بأنه خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين على وجه الاقتضاء او التخيير أو الوضع، ومن امثلة ذلك :

قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم) الآية (١) أي حرم عليكم التزوج بامهاتكم ، وبناتكم ، واخواتكم ، وغيرهن من محرمات الزواج تحريماً مؤبداً والتزوج فعل الانسان .

٢- قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير (٢)) الآية أي حرم عليكم الانتفاع بالميتة وتعاطي الدم واكل لحم الخنزير ، لان التحريم يتعلق بهذه الافعال والتصرفات لا بذات الميتة او الدم او لحم الخنزير .

قوله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم (٣)) أي أكل طعام أهل الكتاب (كل من يؤمن بكتاب سماوي ويرسل من الرسل) حل لكم واكلهم لطعامكم حل لهم .

وهكذا في كل نص تعلق حكمه بعين أو ذات يجب تقدير فعل من افعال الانسان .

**ثانياً :** اذا ورد في نص رفع أو نفي شيء وهو واقع في نفس الامر فان صدق النص (أو صحته) يتوقف على تقدير ما يرفع هذا التناقض الظاهري بين الوقوع في الواقع واللاوقوع في النص، ومن امثلة ذلك :

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع عن امتي الخطأ والنسيان (٤) وما استكروها عليه) (٥) ومن الواضح ان كل انسان معرض للخطأ والنسيان وللاكره ، فكل من هذه الامور الثلاثة لم يرفع لا من أمة محمد ولا من أمة اخرى . ولذلك يجب تقدير ما هو مناسب في هذا المقام فقال

١. النساء / ٢٣ .

٢. المائدة / ٣ .

٣. المائدة / ٥ .

٤. السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها في الحافظة والنسيان زوالها عنهما مما تحتاج في حصولها الى سبب جديد ، ابن عابدين ٣ / ٧٠٩ .

٥. وفي رواية رفع الله عن هذه الامة ثلاثاً : الخطأ والنسيان والامر يكرهون عليه .

وعن ابن عباس عن النبي (ص) قال : (ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه) راجع

المعتبر في تخريج احاديث المنهاج والمختصر للزركشي ، تحقيق الاستاذ حمدي السلفي ص ١٥٤ .

البعض : تقدير الكلام : رفع العقاب او الاثم او (المؤاخظة) على اساس ان هذه الاعذار من موانع المسؤولية الجنائية فالانسان اذا ارتكب جريمة في حالة النسيان او الخطأ أو تحت ضغط الاكراه ولم يتوافر لديه القصد الجنائي لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً عن تعويض أي ضرر مادي ناتج عن تصرفه غير المشروع لان التعويض من باب خطاب الوضع اي ربط المسببات باسبابها بغض النظر عن سوء قصد المسبب او حسن نيته .

وقال البعض : رفع حكم تصرف الناسي والمخطيء والمكروه ، ومن المعروف ان الحكم اعم فيشمل كل أثر لهذا التصرف ، والافقه هو التقدير الاول لان هذه الاعذار من موانع المسؤولية الجنائية عند جمهور الفقهاء .

٢- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : ( لا نكاح الا بولي ) (١) ، ومن البدهي ان النكاح بلا ولي قد وقع ويقع مرات لا حصر لها ، وبناء على ذلك من يرى ان اذن الولي شرط صحة في الزواج قدر في هذا الحديث كلمة (لاصحة) أي لا صحة لزواج لم يتم باذن الولي الخاص او العام (كالقاضي) ، ومن ذهب الى صحة الزواج ولو بدون اذن الولي قدر لفظ (كمال) اي لاكمال الزواج لم ينشأ باذن الولي .

**ثالثاً :** أي سبب اخر في النص يقتضي ضم ضميمة اليه ليدل على المعنى او الحكم المراد به .

## **ب- من النصوص القانونية :**

١- المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين العراقي (يعتبر صدور الحكم بموت المفقود تأريخاً لوفاته) فهي تقتضي اضافة العبارة التالية اليها (ما لم يستند الى تاريخ سابق) .

## **ج- من القواعد العامة المقتضية للتقدير :**

١- قاعدة (لا تركة الا بعد سداد الدين) ، فهي تقتضي تقدير (نفاذ التصرف) أي لانفاذ للتصرف في التركة الا بعد تسديد الديون المتعلقة بها او اذن الدائن ذلك لان التركة تنتقل ملكيتها الى الورثة في لحظة الوفاة على الرأي الراجح لدى فقهاء الشريعة أخذاً بعموم آيات الميراث ، لكن حفاظاً على حقوق الدائنين يكون تصرف الورثة في التركة او في جزء منها موقوفاً في المقدار

---

١. رواه احمد والاربعة ، سبل السلام ٣ / ١٥٣ .

الذي يقابل الدين ما لم يتم وفاء الدين من التركة او من مال الوارث او من جهة اخرى الا اذا كان التصرف باذن الدائن الذي يكون أهلا للتبرع .

٢- قاعدة «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» (١) ، اي لا مساغ للاجتهاد في مورد نص تكون دلالاته على الحكم قطعية ، اما اذا كان ظني الدلالة بان يحتمل اكثر من معنى (أو حكم) واحد فانه يجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين هذه المعاني المحتملة .

٣- قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (٢) فهي تقتضي تقدير لفظ الاصلي فالجواز الشرعي الاصلي هو الذي ينافي الضمان ، كمن حفر بئرا في حديقة داره او في بستانه فوقع فيه شيء فتلف دون تقصير منه فلا ضمان عليه لان تصرفه كان مشروعاً اصلاً ، بخلاف ما اذا كان الجواز الشرعي مبنياً على قيام عذر شرعي كجائع اكل مال الغير بدون اذنه لانقاذ حياته فانه غير اثم لكن يجب عليه الضمان ، وكذلك السائق الذي يغير اتجاه سيارته فجأة عندما يجد انساناً امامه على الشارع العام (أو الطريق العام) فيؤدي ذلك الى اتلاف مال للغير كهدم سياج (حائط) الحديقة فانه ايضا لا يسأل جنائياً لكن يجب عليه الضمان اخذاً بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير) (٣) .

---

١. ذكرتها المادة (٢ / ١) من القانون المدني الاردني .

٢. ذكرتها المادة (٦١) من القانون المذكور .

٣. ذكرتها المادة (٦٣) من القانون المذكور .

## المطلب الثالث

### دلالة الايماء وتطبيقاتها

من البديهيات ان لكل حكم شرعي (او قانوني) لتصرفات الانسان او الوقائع سببا وعلة . فالسبب في كل قضية سابق في وجوده على حكمه كالسرقة للعقوبة ، والقتل للقصاص ، والاتلاف للتعويض ... اما علة الحكم وهي الغاية المتوخاة في تشريعه فهي سابقة في التصور لاحقه للحكم وتنفيذه في التحقق كحماية الدين في وجوب الجهاد ، وحماية الاموال في وجوب عقوبة السرقات ، وحماية الارواح في وجوب القصاص ، وحماية الاعراض في وجوب عقوبات الزنا والقذف .

فسبب الحكم وعلته امران مختلفان في الحقيقة والماهية لكنهما مرتبطان الى حد التلازم ، فكل منهما يكمل الاخر في الاهتمام بالحكم تشريعا وتطبيقا وتنفيذا ، وهذا التلازم هو الذي دفع بعض علماء الاصول للوقوع في الخلط بينهما ، أو للقول بان السبب اعم مطلقا والعلة اخص مطلقا على اساس ان العقل إن ادرك المناسبة بين السبب والحكم فهو علة وسبب والا فسبب فقط ، وقد سبق بيان هذا الموضوع في القياس والمصلحة ، ويبنى على ما ذكرنا ان لكل حكم علة سواء ادركها العقل ام لم يدركها . وموضوعنا (دلالة الايماء) يكون مجال تطبيقه هي النصوص التي تدل على علل احكامها ضمنا ، وعلة الحكم قد يدل عليها النص صراحة كما في قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة) (١) لكن الغالب المتداول في النصوص الشرعية والقانونية ان تكون دلالات النصوص على علل احكامها ضمنية وعن طريق الايماء .

- ١- كان العرب قبل الاسلام يقولون في تحليل القصاص (القتل انفى للقتل) وهو يقابل قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة) ، وكلام الله ابلغ من قولهم من الواجه الاتية :
- ١- اقل حرفا . ٢- فيه النص على علة الحكم صراحة وهي حماية الحياة .
- ٣- التنكير في لفظ حياة للتعظيم (أي حياة عظيمة) .
- ٤- اطراده فالقاعدة مطردة لان القصاص يكون دائما لغرض حماية ارواح الناس وسلامتهم ، في حين ان القتل قد يكون ظلما فيؤدي الى توسع رقعة العداة والمضاعفات فلا يكون أنفى للقتل .
- ٥- خلوه عن التكرار وقد تكرر لفظ (القتل) في (القتل انفى للقتل) .
- ٦- استغناؤه عن تقدير محذوف ، بخلاف القول المذكور فان تقديره (القتل انفى للقتل من تركه) .
- ٧- الجمع بين المتضادين في الكلام وهما القصاص والحياة وهو من صنعة الطباق ومن مظاهر بلاغة الكلام .
- ٨- جعل تقويت الحياة ظرفا للحياة ، وهذا ايضا من باب بلاغة الكلام ، لمزيد من التفصيل راجع كتاب المطول في علم البلاغة للعلامة سعد الدين التفتازاني (رحمه الله) ص ٢٢٣ وما بعدها .

## أ- دلالة الايماء في النصوص الشرعية :

١- قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) يدل بمنطوقه الصريح على ان نصيب الذكر من البنين عند الاجتماع مع البنات والاخوة مع الاخوات (لغير الام) ضعف ما للانثى من التركة ، ويدل دلالة ايماء على ان علة هذا التمييز في الميراث هي حماية الحقوق ، ورعاية النسبة الطردية بين حقوق الشخص والتزاماته فيستحق زيادة الحقوق كلما زادت التزاماته بنفس النسبة والا اختل ميزان العدالة ، واذا كانت الدساتير الوضعية لدول العالم المتحضر تسعى الى رعاية التوازن بين حقوق والتزامات المواطنين فان الدستور الالهي أولى بهذه الرعاية ، وقد قال القرآن الكريم (وكل شيء عنده بمقدار) (١) ، فكل ذكر بالغ عاقل يجب عليه الجهاد في حالة تعرض دينه او عرضه او نفسه او ماله للاعتداء . (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٢) والانثى غير مسؤولة عن هذا الواجب بحكم تكوينها الذاتي الذي لا يتحمل مشقة القتال ، وعلى الزوج (دون الزوجة) نفقة الزوجة والاولاد ، وعليه تكاليف ونفقات الزواج ، وغير ذلك من الالتزامات التي لم يكلف بها جنس الانثى لا شرعا ولا قانونا .

٢- كذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : ( لا يقضي القاضي وهو غضبان) (٣) معلل بما يدهش العقل عن اتمام الفكر .

٣- قوله صلى الله عليه وسلم (لا يرث القاتل) يدل بمنطوقه الصريح على أن من قتل مورثه يحرم من تركته فلا يرث شيئا .

ويدل دلالة ايماء على ان علة الحرمان من الميراث حماية ارواح الابرياء لان الوارث اذا علم ان قتله لمورثه يحرمه من تركته لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة غالبا .

١. سورة الرعد / ٨ .

٢. سورة البقرة / ١٩٤ .

٣. أخرجه البيهقي ١٠ / ١٠٥ ، والمراد بالغضب كل عرض يؤثر على تفكير القاضي وبالتالي يؤدي الى الحكم بغير العدل .

٤- قوله عليه الصلاة والسلام : (من غشنا فليس منا) (١) يدل بمنطوقه على تحريم الغش والتدليس ويدل دلالة ايماء على أن علة تحريم الغش هي حماية حقوق المستهلكين ومنع أكل اموال الناس بالباطل .

## ب- دلالة الايماء في النصوص القانونية :

١- المادة (٣٢٨) (٢) من قانون العقوبات الاردني تدل بمنطوقها الصريح على ان عقوبة جريمة القتل هي الاعدام اذا اقترنت بظرف من الظروف القانونية المشددة الواردة فيها . وتدل دلالة ايماء على ان علة الحكم خطورة المجرم على حياة المجتمع ، وهذه الخطورة تؤخذ من الظرف المقترن بالقتل .

٢- المادة (٣٥٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني تدل بمنطوقها الصريح على أنه اذا وجدت المرأة المحكوم عليها بالاعدام حاملاً فلا تنفذ العقوبة قبل وضع الحمل ، وقبل مضي ثلاثة أشهر على تأريخ الولادة . ونصّها :- (اذا وافق جلالة الملك على إنفاذ حكم الاعدام بشنق المحكوم عليه ... ولا يجوز تنفيذ حكم الاعدام بالأمراة الحامل الا بعد وضعها بثلاثة اشهر) (٣) .

---

١. عن ابي هريرة (رض) : ان الرسول صلى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام فادخل يده فيها فنالت اصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال اصابته السماء يا رسول الله قال : افلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس مني رواه مسلم ، سبل السلام ٣ / ٢٧ .

٢. نص المادة :- يعاقب بالاعدام على القتل قصداً :-

١- اذا ارتكب مع سبق الاصرار ، ويقال له (القتل المعمد) .

٢- اذا ارتكب تمهيداً لجناية أو تسهياً أو تنفيذاً لها ، أو تسهياً لفرار المحرضين على تلك الجناية أو فاعليها أو المتدخلين فيها أو للحيلولة بينهم وبين العقاب .

٣- اذا ارتكبه المجرم على أحد أصوله .

٣. الحكم المذكور اعلاه مقيد بكون الحمل ثبت بعد صدور الحكم بإعدام المرأة الحامل وموافقة جلالة الملك على إنفاذ الحكم ، اما اذا ثبت الحمل اثناء المحاكمة أو بعد صدور الحكم بالاعدام وقبل اكتسابه الدرجة القطعية ، وقبل رفعه لجلالة الملك للموافقة على إنفاذه ، يتبدل الحكم من الاعدام الى الاشغال الشاقة المؤبدة، وهذا الحكم اورده المادة (١٧ / ٢) من قانون العقوبات الاردني ، ونصها :- (في حالة ثبوت كون المرأة المحكوم عليها بهذه العقوبة حاملاً ، يبطل حكم الاعدام بالاشغال الشاقة المؤبدة) . وبهذا يمكن الجمع بين النصين وإعمالها معاً .

وتدل دلالة ايماء على ان علة عدم جواز التنفيذ هي حماية الحمل من الموت الذي يلاقه بسبب اعدام امه وهو رغم انه في بطنها وجزء منها الا انه غير مشمول بهذه العقوبة لانها عقوبة شخصية لا تنصب الا على شخص المجرم . وبناء على ذلك اذا ثبت بالطرق العلمية ان الطفل ميت في بطن أمه فان التنفيذ لا يؤجل بناء على ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما .

وكذلك علة عدم التنفيذ قبل مضي ثلاثة اشهر على الولادة هي حماية سلامة الطفل الذي قد يتعرض للخطر اذا فقد امه مباشرة بعد الولادة ، او خلال الفترة المذكورة . ومن الجدير بالاشارة ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر بتأجيل تنفيذ اعدام الغامدية الى ما بعد ولادة طفلها ، والى ان ارضعته سنتين كاملتين بعد ولادته (١) .

## اهمية ادراك القاضي لعلة الحكم

ادراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص الذي ينوي تطبيقه على القضية المرفوعة اليه له أهمية كبيرة لتحقيق العدالة ، بإن يأخذ كل ذي حق حقه ، ذلك لان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما . فاذا اقتنع بتحقيق العلة طبق الحكم المنصوص عليه والا فلا (٢) ، ومن تطبيقات دوران الحكم مع علته ما يلي :

١- امتناع الرسول صلى الله عليه وسلم عن الامر بالتسعير ، وحكم فقهاء التابعين به كان تبعا لاختلاف العلة وجودا وعدما . عن انس (رض) قال غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ، فقال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله (ص) : (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لارجو ان القى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال) وقد افتى فقهاء التابعين بالتسعير ، فعلة عدم اجازة الرسول صلى الله عليه وسلم

١. في سبل السلام (٤ / ١٤) : عن عمران بن حصين ان امرأة من جبهة هي المعروفة بالغامدية أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي فدعا رسول الله (ص) وليها فقال احسن اليها فاذا وضعت فانتني بها ، ففعل فامر بها ، فشكت (شدت) عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها ... الا انه ثبتت في رواية اخرى انها رجمت بعد ان فطمت ولدها وأتت به وفي يده كسرة خبز» .
٢. في اصول الشاشي (ص ٣٠) : قال الامام القاضي ابو زيد لو ان قوما يعدون التأفيف كرامة لا تحرم عليهم تأفيف الابوين ، ولو فرضنا بيعا لا يمنع العاقدين من السعي الى الجمعة بان كانا في سفينة (او سبا يجري (او تسير) نحو الجامع لا يكره البيع . وعلى هذا قلنا من حلف لا يضرب فلانا فضربه بعد مو يحنث لانعدام معنى الضرب وهو الايلام» .

التسعير هي حماية حقوق التجار والباعة لان الغلاء لم يكن بسبب الاستغلال والجشع وإنما كان لقلّة الانتاج وعلى اساس قانون العرض والطلب ، وحكم فقهاء التابعين بالتسعير علته كانت حماية حقوق المستهلكين بعد ان ظهر الاستغلال والجشع .

٢- قرر الخلفاء الراشدون ايقاف تطبيق صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم لتخلف العلة وهي حماية الدين ونشر الرسالة من شر هؤلاء ، فبعد ان تقوى مركز الاسلام زال خطر هذا الشر .

٣- قرر الخلفاء الراشون ايقاف تطبيق العقوبة في آية (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) في سنة المجاعة على الذين ارتكبوا السرقات لانقاذ ارواحهم من الموت ، لان كل من تعرض لخطر الموت بسبب الجوع لا يتردد من سرقة اموال الغير لحماية حياته رغم علمه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة ، ففي هذه الحالة الاضطرارية لا تتحقق علة الحكم وهي حماية اموال الناس ، ثم ان العقوبة تحمي الاموال ، والسرقة تنقذ حياة المضطر ، ورعاية حماية الحياة اولى من رعاية حماية المال .

ونستنتج من هذه التطبيقات وغيرها ان العقوبات التعزيرية التي يقررها ولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى (او اهل الحل والعقد) لحماية الدين والنفوس والعرض والمال والعقل وغير ذلك من المصالح العامة الاخرى يجب تعديلها او تبديلها اذا ثبت عدم جدوى هذه العقوبات في تحقيق عللها (الغايات المتوخاة من تشريعها) .



# المبحث الثاني مفهوم النص

قسم علماء الاصول المفهوم الى قسمين : مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ، ولتميز كل منهما بعناصر وأحكام خاصة اضافة الى ما لهما من الهمية للقضاة وشرح القانون نوزع دراستهما على مطلبين .

## المطلب الاول مفهوم الموافقة

من الامور البديهية التي لا تقبل النقاش ، أو يجب ان لا تناقش ان النصوص سواء كانت شرعية أم قانونية غير مقصودة لذاتها ، وانما الغاية من تشريعها ما يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الانسان لجلب نفع له او درء ضرر عنه ، وان هذه الغاية لا تتأتى دائما من التمسك بحرفية النص ، بل ربّ تقيّد بهذه الحرفية يحدث الخلل في التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يترتبها النص على التصرفات والوقائع ، وبالتالي يؤدي الى ترجيح إحدى كفتي ميزان العدل على الاخرى لمصلحة احد الاطراف من ذوي العلاقة على حساب غيره ، وهذا مما يأباه الدستور الالهي (القرآن الكريم) الذي ربط في كثير من آياته بين النص والحكم والعدل والميزان والحق ، ومنها :

قوله تعالى (واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) (١) (فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين) (٢) .

---

١. سورة النساء / ٥٨ .

٢. سورة المائدة / ٤٢ .

(فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى) (١) (الله أنزل الكتاب بالحق والميزان) (٢) .

لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط) (٣) وغير ذلك من الآيات الأخرى التي تؤكد وجوب رعاية القاضي (أو الحاكم) احقاق الحق وتحقيق العدالة قبل ان يراعي حرفية النص والتمسك بمعناه الموضوع له ، وعليه أن يزن كل حكم بميزان العدل قبل ان ينطق به حتى يتحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحكوم عليه والمحكوم له .

واضافة الى ذلك فان القرآن بصفته دستوراً لم يتطرق للتفصيلات والأحكام الجزئية الا قليلا، وانما ركز على الأسس العامة والقواعد الكلية لتطبق على كل مسألة جزئية تندرج تحتها مع رعاية الظروف والملابسات والخلفيات لكل جزئية ، وهذه الرعاية التي تسمى (التفريد) هي التي تساعد على تحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه .

ويبني على ما ذكرنا ان الفقيه (او القاضي) كما يأخذ الحكم من عبارات والفاظ النصوص - وهذا ما يسمى «منطوق النص» - كذلك قد يستنبطه من روح النص ومغزاه ، ومن العلة الموجبة لتشريعه ، ويسمى عندئذ مفهوم النص .

ومن الجدير بالذكر : أن مفهوم النص دائماً يكون أوسع من منطوقه لأنه يشمله ويشمل غيره من المسكوت عنه .

وعلى سبيل المثال : تحريم كنز الذهب والفضة في قوله تعالى (والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباب اليم) (٤) هو منطوق النص ، وتحريم كنز كل عملة ورقية او معدنية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول هو مفهوم النص ، وتحريم الاكل بمعناه اللغوي في قوله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في

١. سورة ص / ٢٦ .

٢. سورة الشورى / ١٧ .

٣. سورة الحديد / ٢٥ .

٤. سورة التوبة / ٣٤ .

بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) (١) هو «منطوق النص» ، وتحريم كل اتلاف آخر لمال القاصر ظلما سواء أكان بالاحراق ، او الاستهلاك ، ام غير ذلك ... مفهوم النص ، وتحريم التأقيف في قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) (٢) «منطوق النص» ، وتحريم كل ايذاء آخر للوالدين او احدهما بأي قول او فعل يشعر بالاهانة او عدم الاحترام مفهوم النص .

وهكذا كل نص آخر حكمه يكون معلولا لعله يدركها العقل له منطوق ومفهوم .

وهذان المصطلحان كما يطلقان على الحكم غالبا فقد يراد بهما محل الحكم كالذهب والفضة وكل عملة حلت محلها في آية تحريم الكنز ، وعلى الاطلاق الاول اذا كان كل من المنطوق والمفهوم من نوع واحد كالتحريم في الايات المذكورة يسمى المفهوم «موافقة» او «مفهوم موافقة»، او (مفهوم الموافقة) كما يسمى «فحوى الخطاب» (٣) و «لحن الخطاب» (٤) . «ودلالة النص» (٥) وعلى الاطلاق الثاني يسمى المحل المذكور في النص - كاكل مال اليتيم (٦) منطوقا به ، والمحل غير المذكور - كاتلاف مال اليتيم - مسكوتا عنه .

---

١ . سورة النساء / ١٠ .

٢ . سورة الاسراء / ٢٢ .

٣ . اي معناه يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه اي مما تنسبت من مراده بما كلمته أي وجدت رائحته ، وفي الحديث الشريف : تنسموا روح الحياة» أي وجدوا نسيماها .

راجع حاشية الشرييني على هامش شرح جمع الجوامع مع البناني ١ / ٢٤١ .

وعادة يسمى فحوى الخطاب في حالة كون موجب تشريع الحكم في المسكوت عنه أقوى كالايداء في الضرب والشم بالنسبة للتأقيف في آية «فلا تقل لهما اف» .

٤ . اي معناه كما في قوله تعالى (ولتعرفنهم في لحن القول) . سورة محمد / ٢٠ .

ويستعمل هذا المصطلح اذا كان موجب الحكم في كل من المنطوق به والمسكوت عنه متساويا كالضرر في اكل مال اليتيم وفي اتلافه بطريقة اخرى .

٥ . علماء الاصول من الحنفية يستعملون مصطلح دلالة النص بدلا من مفهوم النص . كما يستعملون عبارة النص بدلا من منطوق النص ، في اصول الشاشي (ص ٣٠) : دلالة النص هي ما علم علة للحكم المنصوص عليه لغة لا إجتهداً ولا استنباطاً ففي قوله تعالى (فلا تقل لهما اف) العالم باوضاع اللغة يفهم بأول سماع تحريم التأقيف لرفع الاذى عنهما وحكم هذا النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعموم علته ولهذا المعنى قلنا بتحريم الضرب والشم .

٦ . أي في قوله تعالى (ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما) (الآية) .

## تكيف دلالة المفهوم

اختلف علماء الاصول في تكيف دلالة النص بمفهومه على الحكم حسب التفصيل الآتي :

أ- قال بعضهم (١) : دلالة المفهوم دلالة عقلية قياسية على اساس ان الفقيه (أو القاضي) ما لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع الحاق الثاني بالاول في الحكم ، ولا يعني القياس سوى ذلك (٢) وعلى هذا الرأي يعتبر عموم المفهوم عقليا .

ب- وقال البعض : انها دلالة لفظية مجازية من قبيل ذكر الاخص واردة الاعم (٣) .

وعلى سبيل المثل : ذكر الاكل في آية تحريم أكل اموال اليتامى ظلما اريد به كل اتلاف لاموالهم بدون مبرر ، والقرينة هي ان النص سيق لحماية حقوق القاصرين وهم لا يستطيعون ان يدافعوا عنها بأنفسهم ، ولفظ (اف) في قوله تعالى (فلا تقل لهما اف) اريد به كل ايذاء مادي ومعنوي بقريظة وجوب احترام الوالدين فيعتبر مجازا لغويا عاما .

---

١ . في جمع الجوامع وشرحه (١ / ٢٤٢) : «قال الشافعي ، وامام الحرمين ، والامام الرازي : الدلالة على مفهوم الموافقة قياسية ، والعلة في المثال الاول (فلا تقل لهما اف) الايذاء ، وفي المثال الثاني (آية تحريم أكل مال اليتيم) الاتلاف . والمراد بالعلة هنا السبب المناسب والفاعلة الحقيقية هي حماية كرامة الوالدين في المثال الاول وحماية مال اليتيم في الثاني .

٢ . لان القياس الحاق واقعة (كضرب الوالدين) لم يرد بشأنها نص خاص بواقعة اخرى ورد بصدها نص خاص (كالاف) في الحكم (كالتحريم) لاشتراك الواقعتين في علة الحكم (كالايذاء) جاء في مفتاح الوصول في علم الاصول (ص ٩٠) : فمنه عموم الحكم لعموم علة كما في القياس «أي من العام عموم الحكم لعموم العلة» .

٣ . في جمع الجوامع وشرحه (٢١ / ٢٤٢) : قال الغزالي ، والامدي من قائل هذا القول : فهمت الدلالة على المفهوم من السياق والقرائن ، لا من مجرد اللفظ فلولاً لدالتهما (أي السياق والقرائن) في آية الوالدين على ان المطلوب بها تعظيمهما واحترامهما ما فهم منها من منع التأفف منع الضرب ، ولولا دلالتهما في آية مال اليتيم على المطلوب بها حفظه وصيانته ما فهم منها من منع أكله منع احراقه ، والدلالة حينئذ مجازية من اطلاق الاخص على الاعم . فاطلق المنع من التأفف في آية الوالدين واريد المنع من الايذاء ، واطلق المنع من أكل مال اليتيم في آيته واريد المنع من

اتلافه» . أي ذكر الاخص واريد به الاعم مجازا بقريظة الحال والمقام .

ج- وقال جماعة : انها دلالة لفظية حقيقية عرفية ، فاهل العرف نقلوا محل (متعلق) الحكم كالاكل في الآية المذكورة من معناه اللغوي الخاص الى معنى عرفي عام وهو الاتلاف ، وهجروا المعنى الاصلي اللغوي بحيث اصبح اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الجديد العام<sup>(١)</sup> واستعمله الشارع (أو المشرع) بهذا المعنى الجديد ، فاصبح المعنى العرفي للذهب والفضة النقود ، وللاكل الاتلاف ، وللتأفيف الايذاء .

د- وقال البعض دلالة لفظية انتقالية<sup>(٢)</sup> وينتقل الذهن من المنطوق الى المفهوم بمجرد ادراك اللفظ .

فلاستعمال في الاول عقلي وفي الثاني مجازي وفي الثالث حقيقي عرفي وفي الرابع التزامي .

ثمرة الخلاف : يرى الكثير من علماء الاصول ان هذا الخلاف حقيقي ، ورتبوا عليه بعض النتائج ، منها<sup>(٣)</sup> ان دلالة المفهوم اذا كانت قياسية لا تثبت بها الجرائم والعقوبات لا في الشريعة ولا في القانون وفقا لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) ، ويناقش هذا الكلام بانه مبني على اساس ان القياس دليل (مصدر) منشئ مع انه مصدر كاشف ، فالجريمة ، او العقوبة التي يصل اليها القاضي عن طريق القياس انما تثبت بالنص الخاص بحكم المقيس عليه (الاصل) لا بالقياس ذاته .

وأرى ان الخلاف لفظي (شكلي) ولا يترتب عليه أثر ، فحكم المسكوت عنه يفهم من روح النص ومن مغزاه ومن ادراك الغاية الموجبة لتشريعه بغض النظر عن طبيعة الدلالة هل هي قياسية او لغوية او عرفية او التزامية وهل هي حقيقية او مجازية ، وفي اعتقادي ان العموم في المفهوم عقلي اذا لم يكن عرفيا .

---

١. في المرجع السابق (١ / ٢٤٤) : «وقيل نقل اللفظ للدلالة على الاعم عرفاً بدلا عن الدلالة على الاخص لغة .  
٢. في المرجع السابق : «والمفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق .. أي أن الدلالة ليست وضعية بل أنتقالية والتزامية فإن الذهن ينتقل من ادراك المنطوق الى ادراك المفهوم» .  
٣. ومنها : ان المسكوت عنه يعتبر منطوقا به على الرأيين الثاني والثالث لأنه يدل عليه اللفظ سواء كانت الدلالة مجازية ام حقيقية عرفية .

وبناء على ذلك يعتبر حجة ملزمة بالنسبة لمن يعمل بالمفهوم كالظاهرية .  
ويناقش هذا ايضا بان الظاهرية لا يستطيعون ان يقولوا : التأفيف حرام والضرب حلال وأكل مال اليتيم حرام واحراقه مباح سواء كانت الدلالة من باب المنطوق ام المفهوم .

# المطلب الثاني

## مفهوم المخالفة

ما سبق بيانه في المطلق السابق من مفهوم الموافقة كان عبارة عن حكم يستنبط من روح النص ومعقوله ، وكان موافقا دائما مع المنطوق .

اما مفهوم المخالفة فهو يختلف عن مفهوم الموافقة من وجهين :

**احدهما :** مفهوم المخالفة مع منطوق النص حكمان متضادان لا يجتمعان تحت نوع واحد من انواع الحكم الشرعي التكليفي او الوضعي ، فاذا كان أحدهما جوازا فالآخر يكون حظراً ، وان كان احدهما صحة فالآخر يكون بطلانا ، وهكذا ... في حين ان المنطوق ومفهوم الموافقة يكونان من نوع واحد دائما كما ذكرنا في المطلب الاول .

**وثانيهما :** يختلفان في الاساس ، فالاساس الذي يستقى منه مفهوم الموافقة هو روح النص ومعناه ومعقوله . اما اساس مفهوم المخالفة فهو تخلف قيد معتبر في المنطوق ، وهذا هو الجانب المهم المعني بالدراسة في هذا المطلب .

اساس مفهوم المخالفة : القيود التي ترد في عبارات النص وضمن جملها منها ما كان مجرد الربط بين العبارات والجمل ، ومنها ما يكون بمثابة الشرط لتطبيق الحكم (المنطوق) الذي يدل عليه النص بالفاظه بحيث اذا تحقق يطبق الحكم واذا تخلف فان الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق ، او على الاقل هو الحكم المخالف له .

وعلى سبيل المثل : في قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) قيد (من قبل ان تمسوهن) معتبر في الحكم المنطوق وهو (فنصف ما فرضتم) فالمهر بالطلاق قبل الدخول يتشطر: فنصفه يرجع للزوج لانه لم يتمتع بالزوجة، وتستحق الزوجة النصف الاخر تعويضا عن الضرر المعنوي الذي اصابها بسبب الطلاق .

هذا هو منطوق النص ، اما مفهومه المخالف فهو وجوب كل المهر المسمى اذا حصل الطلاق بعد الدخول .

وكما في المادة (١٢٩ / ١) من المدني العراقي (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل ، وعين تعييننا نافيا للجهالة والضرر) (١) وبمقتضى هذه المادة يكون جواز كون محل الالتزام معدوما حين انشاء العقد مقيدا بقيدين يجب توافرهما، احدهما : ان يكون هذا المحل ممكن الحصول في المستقبل، وثانيهما : ان يعين تعييننا نافيا للجهالة والغرر .

واذا تخلف القيدان او احدهما يكون الحكم عدم الجواز وعدم الصحة ، فالجواز والصحة منطوق النص ، وعدم الجواز وعدم الصحة مفهوم مخالفة النص .

ونستطيع بعد هذه المقدمة ان نعرف مفهوم المخالفة بانه : «حكم مخالف للمنطوق يستنبط من تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكمه» .

### القيود المعتبرة في الحكم :

لم اجد في المراجع الاصولية المعتمدة تحديداً متفقاً عليه لدى علماء الاصول والفقهاء للقيود التي من شأنها ان تكون معتبرة في الحكم المنطوق ، فهي مختلف فيها من حيث التعداد والاعتبار (٢) .

وفي اعتقادي لا يمكن تحديد انواع القيود الواردة في النصوص والمعتبرة في أحكامها بعدد محصور على اساس معيار يميز القيد المعتبر من غير المعتبر لسببين :

١. وفي القانون المدني الاردني اوردت المادة (١٦٠ / ١) الحكم المذكور بصيغة مختلفة ، ونصّها :- (يجوز ان يكون محلّاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر) . وينتفي الغرر بإمكان حصوله في المستقبل ، ويتعيّنه تعييناً نافياً للجهالة ، الا ان النص في القانون المدني العراقي اعم من النص الوارد في القانون المدني الاردني لان الحكم تعلّق به (محل الالتزام) فاضيف المحل الى الالتزام ليشمل كل التزام مالي ، بينما خصص المشرع الاردني الحكم به (محل المعاوضات المالية) دون غيرها من الالتزامات المالية .

٢. قال الامدي (الاحكام ٢ / ٢١٢) : واما مفهوم المخالفة فهو يكون اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمداولة في محل النطق . هو عند القائلين به عشرة أصناف متفاوتة في القوة والضعف : الاول منها ذكر الاسم مقترناً بصفة خاصة الثاني مفهوم الشرط والجزاء، الثالث مفهوم الغاية ، الرابع مفهوم انما ، الخامس التخصيص بالوصاف التي تطرأ وتزول بالذكر ، السادس مفهوم اللقب ، السابع مفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس ، الثامن مفهوم الاستثناء ، التاسع تعليق الحكم بعدد خاص ، العاشر مفهوم حصر المبتدأ والخبر .

وفي حين اعتبرها ابن الحاجب (مختصر المنتهى الاصولي وشرحه ٢ / ١٧٣) : اربعة وهي : مفهوم الصفة . ومفهوم الشرط مثل وان كن اولات حمل ، والغاية مثل حتى تنكح . والعدد الخاص مثل ثمانين جلد .

**أحدهما** : رجوع اعتبار وعدم اعتبار القيد الى الشارع (او المشرع) فهو ليس أمراً اجتهادياً راجعاً الى الفقيه (أو القاضي) ليتولى امر اعتباره او عدمه ، ثم القيد قد يكون معتبراً في ظرف دون ظرف آخر في ضوء مستلزمات التعامل ومتطلبات الحياة .

**وثانيهما** : مطاطية عناوين هذه القيود ، فعلى سبيل المثال يمكن ادراج كثير من القيود تحت عنوان «الصفة» أو «الشرط» فقد صرح علماء الاصول كثيراً بأنه ليس المراد بالصفة النعت النحوي (١) ، وانما كل حالة من الحالات المعتبرة قيوداً للحكم سواء أكانت نعناً نحوياً ام حالاً، أم تمييزاً ، أم ظرفاً ، أم غير ذلك ..

وعلى هذا الاساس اقتصرنا على أهم هذه القيود وهي اربعة انواع : الصفة ، والشرط ، والغاية، والعدد ، تاركين غيرها للقاضي الذي من وظيفته بذل الجهود للتمييز بين ما هو معتبر في الحكم وما ليس بمعتبر مستعينا بالقرائن ، وسياق النصوص ، وطبيعة الاحكام ...

**اولاً - الصفة** : وهي كل حالة من الحالات التي يمكن اعتبارها صفة مقيدة لمحل الحكم ومعتبرة في الحكم من حيث تطبيقه عند توافر القيد ، وتطبيق حكم مخالف له (أو نقيض له) عند تخلفه ، لانه لو ثبت المنطوق مع انتفاء الصفة لعري تعليقه عليها عن الفائدة .

فمن وكل شخصاً ليشتري له سيارة من نوع سوبر ، ومن صنع سنة ١٩٩٨ مثلاً، ومن ذات لون أحمر ، واشترى له سيارة تخلفت فيها صفة من هذه الصفات يكون العقد غير نافذ فيتوقف على اجازة الموكل لان مفهوم مخالفة هذه الصفات هو عدم تخويل الوكيل بشراء سيارة موصوفة بصفات اخرى (٢) .

فعلى الوكيل دائماً التقيد بالقيود الواردة في الوكالة الخاصة ، وبالقيود المعتبرة في الوكالة العامة بمقتضى العرف السائد رغم عدم ذكرها لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

---

١. في جمع الجوامع وشرحه (١ / ٢٤٩) : «المراد بالصفة لفظ مقيد لآخر ليس بشرط ولا استثناء ولا غاية لا النعت فقط» .  
٢. في التمهيد للأسنوي (ص ٢٥٩) : «مفهوم الزمان والمكان حجة عند الشافعي والجمهور فاذا قال لوكيله افعل هذا ، ثم قال افعله في هذا اليوم ، او قال في هذا المكان فقياس ما قاله الشافعي ان يكون منعاً له فيما عدا ذلك» .



ومن النصوص الشرعية المتضمنة لصفة معتبرة في الحكم قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك) (١) ، فمنطوق النص : لاخت المتوفى نصف تركته ان لم يكن له ولد ، وجملة (ليس له ولد) صفة (امرؤ) مفهوم مخالفتها انها لا ترث النصف ان كان له ولد مع التفصيل الاتي :

أ- ان كان الولد ذكرا لا ترث الاخت شيئا باجماع فقهاء الشريعة .

ب- ان كان الولد انثى فقد اختلفوا في ميراث الاخت المجتمعة معها :

١- قال جمهورهم : انها في حالة اجتماعها مع بنت المتوفى او بنت ابنه تكون عصبية مع الغير لها الباقي بعد نصيب البنت او ابنة الابن والوارثين الاخرين ان وجدوا ، وفسر الجمهور لفظ (ولد) بالذكر (٢) .

٢- وقال ابن عباس (٣) : آية الاخت مع الولد ذكرا كان ام انثى لا ترث شيئا لان الولد في اللغة العربية يشمل الذكر والانثى ، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الجعفرية .

ومن النصوص القانونية المشتمة على صفة معتبرة في الحكم المادة (٦ / ٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الشروط الشرعية التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها) (٤) . فمنطوق النص هو وجوب الإيفاء بالشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج اذا كانت متصفة بصفة المشروعية .

١. سورة النساء / ١٧٦ .

٢. وسندهم هو ما روي عن هزيل بن شرحبيل من انه قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن واخت فقال : للابنة النصف، وللأخت النصف ، واثت ابن مسعود . فسئل ابن مسعود ، واخبر بقول ابي موسى فقال : لقد ضللت اذن وما انا من المهتدين اقضي فيها بما قضى النبي (ص) للبنت النصف ، ولابنة الابن السدس تكلمة الثلثين وما بقي فللاخت، وعن الاسود : «ان معاذ بن جبل ورث اختا وابنة جعل لكل واحدة منهما النصف وهو باليمن ، والنبي صلى الله عليه وسلم يومئذ حي ، رواه ابو داود واخرجه البخاري بمعناه ، نيل الاوطار ٦ / ٦٦ .

٣. في التبصرة لابي اسحاق الشيرازي (ص ٢١٩) : «روي ان ابن عباس خالف الصحابة في توريث الاخت مع البنت ، واحتج بقوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) . اي على اساس ان الولد يشمل الذكر والانثى .

٤. راجع فيما يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج المادة (١٩) بققراتها الثلاث ، من قانون الاحوال الشخصية الاردني .

ومفهوم المخالفة هو عدم وجوب الوفاء بالشروط المقتربة بعقد الزواج في حالة كونها غير مشروعة .

**ثانيا : الشرط :** المراد بالشرط الذي يعتبر قيذا معتبرا في الحكم وله مفهوم المخالفة هو الشرط اللغوي أي كل جملة مصدرية بإداة من ادوات الشرط مثل (ان) و (إذا) فتعليق الامر (بل مطلق الحكم) على شرط يدل على انتفائه عند انتفاء الشرط وهو اختيار اكثر المحققين .

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لشرط معتبر في الحكم قوله تعالى (فان طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله) (١) . فمنطوق النص هو جواز استئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق (ان طلقها الزوج الثاني وانتهت عدتها منه) شريطة توافر ظن الزوجين بانهما يستطيعان ان يقيما حدود الله اي ان يقوم كل منهما بالتزاماته الزوجية ، وبإداء ما يجب عليه من الحقوق للزوج الاخر .

ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز إعادة العلاقة الزوجية اذا توقعنا بانهما سيرجعان الى الشقاق والخلاف وعدم التفاهم وبالتالي الى اخلال كل منهما بالتزاماته والخروج عن حدود الله .

ومن النصوص القانونية المشتمة على شرط معتبر في الحكم المادة (٢١٣ / ج) من اصول المحاكمات الجزائية العراقية (للمحكمة ان تأخذ بالاقرار وحده اذا اطمأنت الية ولم يثبت كذبه بدليل آخر) (٢) .

ان للقاضي ان يكتفي بالاقرار وحده من بين وسائل الاثبات والحكم بمقتضاه اذا اقتنع بصحته ولم يكن هناك دليل يعارضه ويكذبه .

ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز الاخذ بالاقرار وحده ، وبالتالي عدم بناء الحكم عليه في حالة تخلفه بأن لم يقتنع به لكون الإقرار معارضا بدليل يكذبه .

١ . سورة البقرة / ٢٢٠ .

٢ . ومثال ذلك في القانون المدني الاردني ما ورد في المادة (٩٥ / ٢) منه ، ونصها :- (ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه) .  
فمفهوم المخالفة عدم اعتبار السكوت قبولا في غير معرض الحاجة اذا تخلفت الحالتان المذكورتان في النص .

**ثالثاً - الغاية :** غاية الشيء نهايته ، وسبق في بحث تخصيص العام ان الحروف الدالة على الغاية هي : (حتى) و (الى) فالتقييد بالغاية يدل على مخالفة ما بعدها لما قبلها في الحكم .

ومن النصوص الشرعية التي تتضمن قيد الغاية المعتبر في الحكم قول الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق) منطوق النص : ان المسؤولية الجنائية عن الاعمال غير المشروعة الصادرة عن الصبي أو النائم او المجنون مرفوعة ما دام العذر (الجنون ، او النوم ، او الصغر) باقيا ، لان هذه الاعذار من موانع المسؤولية الجنائية دون المدنية ، وهم يسألون عن التعويض عن الضرر الناجم من تصرفاتهم غير المشروعة ، لان التعويض مبني على اساس خطاب الوضع (ربط المسببات باسبابها) ، والمسؤولية الجنائية من باب خطاب التكليف الذي من شروطه العقل والبلوغ والادراك .

ومفهوم مخالفة الغاية في الحديث المذكور : ان المسؤولية تقوم اذا وقع الفعل الجنائي بعد زوال العذر بان صدر حين البلوغ واليقظة والافاقة .

**رابعاً - العدد :** اذا حدد الحكم في النص بعدد معين فان مفهوم مخالفة هذا العدد هو عدم تطبيق الحكم فيما عداه من عدد اكثر او اقل ، ومثال ذلك من النصوص الشرعية قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ، فالمنطوق هو ان عقوبة الزنا محددة بمائة جلدة ، وعقوبة القذف محصورة في ثمانين جلدة ، ومفهوم مخالفة هذين العددين هو عدم جواز تعديل او تبديل العقوبة في كلتا الجريمتين بعدد اكثر عند وجود ظرف مشدد او اقل عند قيام ظرف مخفف ، ومن الجدير بالاشارة ان من خصائص عقوبات الحدود عدم قبولها للتخفيف ، والتشديد ، والصلح ، والعفو من ولي الامر (رئيس الدولة) ، او من صاحب العلاقة ، او من غيرهما .

## شروط العمل بمفهوم المخالفة

يشترط للعمل بمفهوم المخالفة بمقتضى القيد الوارد في النص ان لا تكون لهذا القيد فائدة اخرى غير اعتباره بمثابة الشرط لتطبيق الحكم المنطوق ، بحيث انه يطبق اذا تحقق هذا القيد ويطبق مفهومه المخالف اذا تخلف القيد . وعلى هذا الاساس اشترط علماء الاصول للعمل بمفهوم المخالفة شروطا اهمها ما يلي : -

١- ان لا يكون المسكوت عنه اولى بالحكم من المنطوق به والا لم يكن هناك مجال لتطبيق مفهوم المخالفة بل يكون حكم المسكوت عنه مفهوم موافقة من باب اولى ، وعلى سبيل المثل في المادة (١١٠٧) من القانون المدني العراقي (لدائني التركة العاديين للموصى لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير او رتبت عليها حقوقا عينية) ، صفة (العاديين) ليس لها مفهوم المخالفة لان للدائن غير العادي حق هذا التتبع والملاحقة من باب اولى كالدائن المرتهن اذا باع الورثة المرهون بعد وفاة المدين الراهن ، وكدائني الديون الممتازة المتعلقة بالتركة كدين الدولة ، ونفقة الزوجة الواجبة على الزوج اذا تراكت في ذمته حال حياته .

٢- الا يكون القيد بيانا للواقع كما في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة) (١) فقيد (اضعافا مضاعفة) ليس له مفهوم المخالفة ، ولا يدل على اباحة الربا اذا لم يكن اضعافا مضاعفة لانه لبيان الواقع الذي كان عليه المجتمع انذاك، ولقوله تعالى (وان تبتم فلکم رؤوس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون) (٢) .

٣- ان لا يكون القيد قد خرج مخرج الاغلب المعتاد ، كقيد (اللاتي في حجوركم) في قوله تعالى (وربائبکم اللاتي في حجورکم من نسائکم اللاتي دخلتم بهن) ، فانه ليس له مفهوم

---

١. آل عمران / ١٢٠ قال الرازي (التفسير الكبير ٩ / ٢) كان الرجل في الجاهلية اذا كان له على انسان مائة درهم الى اجل فاذا جاء الاجل ولم يكن المدين واجدا لذلك المال قال : زدني في المال حتى ازيد في الاجل فربما جعله مائتين ثم اذا حل الاجل الثاني فعل مثل ذلك ، ثم الى اجال كثيرة يأخذ بسبب تلك المائة اضعافا ، وهذا هو المراد من قوله (اضعافا مضاعفة) .  
٢. سورة البقرة / ٢٧٩ .

المخالفة ، فقال جميع الفقهاء وعلماء الاصول - باستثناء الظاهرية - ليس لهذا القيد مفهوم المخالفة لسببين :-

**احدهما:** انه مبني على الغالب المعتاد وهو انتقال البنت ، وهي صغيرة غالباً ، من زوج سابق مع والدتها الى بيت الزوج الجديد اذا تزوجت امها بعد الطلاق او وفاة الاول .

**وثانيهما:** قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) نص صريح على ان القيد الوحيد المعتبر في الحكم هو قوله تعالى (اللاتي دخلتم بهن) ، فمناط التحريم هو الدخول يدور معه وجودا وعدما (١) .

٤- ان لا يتعارض مفهوم المخالفة مع المنطوق الصريح لدليل آخر ، كما في قوله تعالى (وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم) اي حرمت عليكم تحريماً مؤبداً زوجات ابنائكم من النسب وهذا القيد (الذين من اصلابكم) ليس له مفهوم المخالفة ، فكما ان زوجات ابناء النسب يحرم على والدهم تزوجهن بعد الطلاق او وفاة الابن قبل الدخول او بعده كذلك الحكم بالنسبة لزوجات ابناء الرضاع لقول الرسول (ص) : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢) .

والحاصل يشترط ان لا يظهر للتقييد فائدة غير نفي الحكم والا فلا يدل على النفي (٣) .

## حجية مفهوم المخالفة : (٤)

اختلف الفقهاء وعلماء الاصول في حجية مفهوم المخالفة وبالتالي في التزام الفقيه (او القاضي) بالعمل بموجبه :

- ١ . جمع الجوامع وبشرحه ١ / ٢٤٦ . واورد المشرع الاردني حكم تحريم بنات الزوجة وبنات اولادها بشرط الدخول بها في المادة (٢٥ / ٤) من قانون الاحوال الشخصية .
- ٢ . سبل السلام / ٢٣ .
- ٣ . قواعد العائلي ١ / ١٢١ .
- ٤ . للاطلاع على الادلة النقلية والعقلية على حجية مفهوم المخالفة راجع الاحكام في اصول الاحكام للآمدي ٢ / ٢١٥ - ٢٢٠ .

**أ- قال جمهورهم :** إنه حجة ، اي على الفقيه او القاضي الاخذ بمنطوق النص في حالة تحقق القيد الوارد في النص ، واما في حال تخلفه فيجب الاخذ بمفهوم المخالفة (الحكم المخالف للمنطوق) ، واستندوا الى ادلة منها :

١- المتبادر الى الذهن من أساليب العرب وعرفهم في استعمال العبارات والجمل ان تقييد الحكم بشرط أو وصف ، أو تحديده بغاية أو عدد هو ثبوت الحكم لحله كلما توافر هذا القيد معه وانتفاؤه حيث انتفى القيد .

٢- اذا اقر الشارع (او المشرع) قيда في النص ولم يكن له مفهوم المخالفة او فائدة اخرى محددة يكون عبثا ، والنصوص الشرعية منزهة عن العبث . والمفروض ان النصوص القانونية ايضا بعيدة عن الحشو والعبث .

**ب- وقال البعض - ومنهم الحنفية :** ان النص الشرعي (وكذا القانوني) الدال على حكم واقعة او تصرف اذا قيد بوصف ، او شرط او غيرهما من القيود الاخرى لا يكون حجة الا على حكمه في المحل الذي ورد فيه ، واما المحل الذي لا يتوافر فيه هذا القيد فليس للنص شأن فيه بل يكون ساكتا عن بيان حكمه ، فعلى المجتهد (أو القاضي) ان يفتش عن ادلة اخرى للوصول الى حكمه ، ومن هذه الادلة استصحاب الاباحة الاصلية واستدلوا بادلة منها :

١- ليس مطردا في الاساليب العربية ان تقييد الحكم بقيد كالوصف والشرط أو غيرهما يدل على ثبوت الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي .

٢- ان كثيرا من النصوص الشرعية (وكذا القانونية) المتضمنة للاحكام والمشملة على القيود تطبق احكامها رغم تخلف القيود .

**تقويم الخلاف :** من وجهة نظري ان هذا الخلاف لفظي (شكلي) مبني على الاختلاف في كون القيد معتبرا من الشارع (أو المشرع) في الحكم أو ليس بمعتبر ، فلا أحد من الفقهاء وعلماء الاصول قال بان من تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها او توفيت يجوز له ان يتزوج بنتها من زوجها السابق لان الكل متفقون على ان قيد (اللاتي دخلتم بهن) معتبر في هذا الحكم (تحريم زواج البنت بعد الدخول بأمرها) .

وكذلك لا يوجد احد يرى حل الربا اذا لم يكن اضعافا مضاعفة لاجماع الكل على ان قيد (اضعافا مضاعفة) غير معتبر في الحكم في قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة) .

ولكن حين اختلفوا في اعتبار وعدم اعتبار قيد (وان كن اولات حمل) في قوله تعالى (وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)(١) اختلفوا في نفقة المعتدة اذا كان الطلاق بائنا والمطلقة غير حامل :

أ- فقال الحنفية ومن وافقهم : الشرط الوارد في الآية ليس قيديا معتبرا في الحكم لذا تجب النفقة للمعتدة الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا ام بائنا ، وسواء كانت المطلقة حاملاً ام حائلاً لأن سبب وجوب النفقة هو حبسها وعدم تمكنها من الزواج (٢) وهذا السبب يستمر الى انتهاء العدة فلها النفقة اثناء عدتها الى نهايتها .

وقالوا : ان الآية أتت لتؤكد وجوب نفقة الحامل لان عدتها تكون غالباً اطول من عدة غير الحامل ، ولان احتباسها يستمر الى ان تضع حملها . وقد أخذ المشرعان العراقي والاردني بهذا الرأي (٣) .

ب- وقال الجمهور : اذا كان الطلاق بائنا ليس للمطلقة النفقة خلال فترة العدة اذا لم تكن حاملاً اخذاً بمفهوم مخالفة الشرط (وان كن اولات حمل)، ولان العلاقة الزوجية تنقطع بمجرد الطلاق اذا كان بائنا وهذه العلاقة هي السبب لوجوب النفقة فيزول المسبب اذا زال سببه (٤) .

#### ١. الطلاق / ٦ .

٢. في بدائع الصنائع للكاساني (٥٠ / ٢١٩٧) : «سبب وجوب نفقة الزوجات اختلف العلماء فيه : قال اصحابنا (أي الحنفية) : سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها ، وقال الشافعي : السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له» وبنوا على هذا الخلاف اختلفهم في وجوب نفقة المعتدة المطلقة طلاقاً بائناً .

٣. في المادة (٥٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ، والمادة (٧٩) من قانون الاحوال الشخصية الاردني ، وحكمها مطلق غير مقيد ، ونصها :- (تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق او تفريق او فسخ) ، فلم يقيد الطلاق بانه رجعي، والمطلق يجري على اطلاقه حتى يثبت تقييده . ويؤكد هذا الرأي ان المشرع ساوى بين الطلاق والتفريق والفسخ في وجوب نفقة المعتدة مع كون السببان الاخيران يوجبان بينونة المعتدة .

٤. ومن الجدير بالاشارة ان فقهاء الشريعة اتفقوا على ان معتدة الفرقة من زواج فاسد والمعتدة للدخول بالشبهة لا نفقة لها خلال العدة سواء كانت حاملاً ام حائلاً لانها لا تستحق النفقة قبل العدة لا بزواج فاسد ولا بالدخول المقترن بالشبهة .

## الفصل الثالث دلالة النصوص وضوحاً وخفاءً

اختلف علماء الاصول في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفائها : فمنهم من قسم كلا من واضح الدلالة وخفي الدلالة الى اربعة اقسام ، وتزعم هذا الاتجاه الاصوليون من الحنفية (١) .

ومنهم من سلك منهج التقسيم الثنائي ، وتبنى هذا النهج الاصوليون من المتكلمين (٢) .

### التقسيم الرباعي

أ- ينقسم واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الوضوح والثبات الى الظاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم (٣) .

١- **الظاهر** (٤) : هو لفظ (او كلام) يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة . كقوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربا) . فهو ظاهر في حل كل بيع ، وتحريم كل ربا ، رغم انه جاء لنفي المماثلة بينهما رداً على المشركين القائلين بعدم التفرقة بينهما لقوله تعالى (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا) (٥) .

حكمه : حكم الظاهر هو العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .

---

١. اصول البزدوي مع كشف الاسرار ١ / ٤٦ وما بعدها ، اصول السرخسي ١ / ١٦١ وما بعدها ، المعتمد ١ / ٣١٧ وما بعدها ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢ / ٣٠٢ .

٢. المحصول للرازي ج ١ ق ٢ ص ٢٢٦ وما بعدها ، البرهان لامام الحرمين ١ / ٥١١ وما بعدها ، جمع الجوامع ٢ / ٣٤ وما بعدها .

٣. وجه الحصر : ان واضح الدلالة اما ان يحتمل التأويل او التخصيص او لا ، فان احتمل وكان الوضوح لمجرد صيغته ولم يسبق له اصالة فهو ظاهر ، وان سبق له اصالة فهو نص ، وان لم يحتمل التأويل ولا التخصيص وكان قابلاً للنسخ (الالغاء) فهو مفسر ، وان لم يقبل النسخ فهو محكم .

٤. فهو مشتق من الظهور وهو الوضوح والانكشاف ، وتعريفه هو اللفظ الذي انكشف معناه واتضح للسامع من اهل اللسان بمجرد السماع .

٥. سورة البقرة / ٢٧٥ .



**٢- النص** (١) : هو لفظ (او كلام) يكون اكثر وضوحا من الظاهر في الدلالة على المراد بسبب انه سيق اصالة لهذا المراد ، كقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) (٢) فهو ظاهر في اباحة اصل الزواج ونص في تحديد الحد الاعلى لعدد الزوجات لانه شرع لهذا المراد .

حكمه : وجوب العمل بمقتضاه (٣) .

**٣- المفسر** : هو ما ازداد وضوحاً على النص لعدم احتماله للتخصيص اذا كان عاما ، والتأويل اذا كان خاصا بسبب تفسير الشارع (او المشرع) له .

كقوله تعالى (ان الانسان خلق هلوفا اذا مسه الشر جزوعا واذا مسه الخير منوعا) (٤) . وقد فسر الله لنا في هذه الاية الكريمة معنى الهلوع بانه من اذا اصابه الفقر والحاجة او المرض او نحو ذلك فهو كثير الجزع ، واذا اصابه الخير من الغنى والمركز والسعة ونحو ذلك فهو كثير المنع والامسك .

حكمه : وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لان دلالة على الحكم قطعية .

**٤- المحكم** : وهو ما ازداد قوة في الوضوح والثبات على المفسر ، بان لا يقبل النسخ (الالغاء) اضافة الى عدم قبوله للتخصيص والتأويل لكون الحكم من ضروريات الحياة كما في قوله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق) (٥) .

حكمه : وجوب العمل بمقتضاه لان دلالة على الحكم قطعية .

---

١. فهو الظاهر الذي سيق له الكلام الذي اريد بالاسماع .

٢. سورة النساء / ٢ .

٣. رغم احتماله للتأويل ان كان خاصا ، والتخصيص ان كان عاما ، وجواز حمله على المعنى المجازي عند وجود قرينة .

٤. سورة المعارج / ١٩ - ٢١ .

٥. سورة الاسراء / ٣٣ .

ب - وينقسم غير واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الخفاء والابهام الى الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه (١) .

١- الخفي : هو لفظ (أو كلام) استتر معناه المراد بالنسبة لبعض افراده لا لصيغته بل لعارض كخفاء شمول السارق للنباش الذي يسرق الاموال المدفونة مع الميت ، والطرار الذي يسرق ويشق الجيوب رغم يقظة اصحابها فهذه التسمية الخاصة هي التي جعلت في هذا الشمول الخفاء .

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لازالة خفائه .

٢- المشكل : هو لفظ (او كلام) يحتمل اكثر من معنى واحد كالمشترك ، ومنه (القرء) ، هل المراد به الحيض او الطهر ؟ .

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لتحديد المعنى المراد من معانيه .

٣- المجمل : لفظ نقله الشارع (او المشرع) من معناه اللغوي الى معنى جديد واستعمله في النصوص فيكون خفيا في هذا المعنى الاصطلاحي اذا لم يبين . كالصلاة والزكاة والحج والربا ... قبل بيانها .

حكمه : التوقف عن العمل به عند انصار هذا التقسيم الرباعي حتى يتبين بالتفسير الشرعي .

٤- المتشابه : هو ما لا يعرف المراد به الا ممن شرعه كما في حروف فواتح بعض سور القرآن الكريم مثل (ص) في قوله تعالى (ص والقرآن ذي الذكر) (٢) و (ق) في قوله تعالى (ق والقرآن المجيد) (٣) ومثل (الم) في قوله تعالى (الم ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين) (٤) ومثل سر الليل في الجيش والجفرة وقت الحرب .

---

١ . وجه الحصر ان غير واضح الدلالة : خفاؤه اما لنفس الصيغة او لعارض خارجي ، فالثاني يسمى خفيا ، والاول ان ادرك العقل بالتأمل والاجتهاد معناه المراد فهو مشكل وان لم يدركه الا بالتفسير التشريعي فهو مجمل ، وان لم يدركه اصلا فهو متشابه .

٢ . سورة ص / ١ .

٣ . سورة ق / ١ .

٤ . سورة البقرة / ١ .

ومن الجدير بالذكر ان المتشابه لا وجود له في نصوص الأحكام لان من شروط التكليف علم المكلف بما يكلف به (١) .

حكمه : التوقف عن العمل به وعدم محاولة فهم المراد منه بالاجتهاد لعدم امكان وصول الانسان الى هذا المراد عن طريق الاجتهاد ..

## التقسيم الثنائي

### أ- واضح الدلالة ينقسم الى النص والظاهر (٢) .

١- **النص** : هو الذي لا يحتمل اكثر من معنى (حكم) واحد كدلالة قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) على عقوبة الزنا التي حددت بمائة جلدة . والمراد بالنص ما يقابل الظاهر .

٢- **الظاهر** : هو لفظ (أو كلام) يدل على معنى راجح مع احتمال له معنى آخر مرجوح ، فهو باعتبار المعنى الراجح ظاهر ، وباعتبار معناه المرجوح مؤول كقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح ابائكم) فالنكاح ظاهر في عقد الزواج ويحتمل المعاشرة الجنسية على اساس انه حقيقة في المعنى الاول ومجاز في الثاني ، وقال البعض مشترك بينهما وبنوا على ذلك ثبوت المصاهرة بالزنا .

حكمه : هو العمل بمقتضى معناه الراجح ما لم تقم قرينة على ارادة المعنى المرجوح .

---

١ . وهذه الاربعة اضداد للاربعة السابقة فالخفي ضد الظاهر والمشكل ضد النص ، والمجمل ضد المفسر ، والمتشابه ضد المحكم وعلى سبيل المثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) ظاهر في حق السارق خفي بالنسبة للطرار والنباش وقوله تعالى (الزانية والزاني) ظاهر في حق الزاني وخفي بالنسبة الى اللوطي .  
٢ . وجه الحصر ان اللفظ ان لم يحتمل اكثر من معنى (حكم) واحد فهو نص والا فهو ظاهر .

## ب- غير واضح الدلالة ينقسم الى المجلل والمتشابه (١) :

١- **المجلل** : وهو ما لم تتضح دلالته (٢) فيشمل الخفي ، والمجلل ، والمشكل ، في التقسيم الرباعي .

٢- **المتشابه** : هو نفس المتشابه في التقسيم الرباعي من حيث المضمون والحكم .

**المنهج المختار** : المسلك المفيد في دراسة وضوح وخفاء الدلالات هو التقسيم الثلاثي

الذي استنتجته من الاقسام المذكورة لوضح الدلالة وخفيها وهو التقسيم باعتبار الوضوح والخفاء الى الدلالة القطعية والظنية والغامضة وذلك للاسباب الاتية :

١- انه تقسيم علمي : فهو اقرب الى الواقع العملي ، واكثر انسجاما مع التطبيقات الفقهية والقضائية .

٢- انه يشمل جميع التقسيم الرباعي والثنائي رغم اختصاره ، وفيه المحاولة للتقريب بينهما وجمع محصلتهما تحت عنوان واحد .

٣- أنه اوضح فهما واسهل استيعابا وبصورة خاصة بالنسبة للقانونيين ، ولهذه الاسباب وغيرها افردت دراسة كل من الدلالة القطعية والظنية والغامضة بمبحث مستقل لزيادة الايضاح والفائدة .

---

١ . وجه الحصر ان اللفظ غير واضح الدلالة ان امكن الوصول الى معناه المراد بالاجتهاد ، أو بالتفسير التشريعي فهو مجمل والا فمتشابه .

٢ . مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعضد ٢ / ٢٨٧ .

# المبحث الاول الدالة القطعية

قسم علماء الشريعة الاسلامية الاحكام الكلية الاصلية باعتبار الادلة التي تثبت بها الى اقسام وثلاثة وهي :

١- احكام لا يمكن اثباتها الا بدليل عقلي قطعي كوجوب الايمان بوجود الله عزوجل ، وتصديق الانبياء والرسل فيما بلغوا الناس بها من الرسالات الالهية ، فهذه الاحكام لا تثبت بالدليل النقلي من غير دليل عقلي لان الادلة النقلية هي نصوص الشارع فهي لا تثبت للانسان الا بعد ايمانه بالله وبالرسل ، فلو ثبت الايمان بهما بتلك النصوص للزمت الاستحالة المنطقية لان ذلك يستلزم توقف الشيء على نفسه ، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه ، واللزام باطل مستحيل فكذلك الملزوم .

ورغم ذلك فإن الشارع هو الذي ارشدنا الى الاستدلال على هذه الاحكام بالعقل بالايات التي دعانا فيها الى النظر في انفسنا ، وفي الافاق ، والى التفكير في خلق السماوات والارض واختلاف الليل والنهار ...

٢- احكام لا تثبت الا بالدلة النقلية كلاحكام الاعتقادية المتعلقة بالمغيبات من الجنة والنار ، ومحاسبة الانسان امام الله ، ونيل الثواب على الخير واصابة العقاب على الشر كما قال سبحانه وتعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) (١) ، وكالاحكام العملية المتعلقة بالعبادات التي كلف بها الانسان في حياته والتي جعلت وسيلة لتهديب سلوكه ، وتعديل سريرته ، حتى يصبح عضواً صالحاً في مجتمعه يجلب الخير ويستبعد الشر .

---

١. سورة الزلزلة / ٧ ، ٨ .

٢- احكام تثبت بالنقل والعقل وهي ما عدا القسمين السابقين من الاحكام التي تنظم حياة الانسان .

وادلة القسم الثاني والثالث من حيث الثبوت والدلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فالشقوقات المتصورة اربعة وهي :

١- قطعي الثبوت وقطعي الدلالة : كنص ثابت بالتواتر يكون دالا على معنى (حكم) لا يحتمل غيره مثل قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) ، وقوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وغيرهما من الآيات القرآنية التي لا تحتمل كل واحدة منها اكثر من حكم واحد .

٢- ظني الثبوت وظني الدلالة : كحديث الآحاد الدال على اكثر من معنى (حكم) واحد مثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «اذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه» (١) هذا الحديث الشريف ثبوته ظني لانه لم يصل الينا عن طريق التواتر فهو من احاديث الاحاد، وظني الدلالة على تحديد نوع المبيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه حيث اختلف الفقهاء في مدلول الشيء ، فمنهم من قال : لفظ (شيئاً) في هذا الحديث يشمل الطعام وغير الطعام من المنقولات والعقارات لانه مطلق فيجب الاخذ باطلاقه ما لم يثبت تقييده ، او لانه عام لكونه نكوة في حيز الشرط فيؤخذ بعمومه .

وزهب البعض الى ان المراد به هو الطعام فقط بدليل ما رواه ابو هريرة (رض) عن الرسول (ص) من انه قال : (من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله) وفي رواية (حتى يتسوفيه ويقبضه) (٢) اي الا بعد افرازه (٣) ومفهوم مخالفة الطعام هو ان غيره بخلافه .

١. سبل السلام ٣ / ١٩ .

٢. البخاري هامش الفتح ٤ / ٢٣٩ .

٣. لان ملكية الاموال المثلية لا تنتقل بمجرد العقد بل بالافراز بعده .

وقال ابو حنيفة (رح) ومن هذا حذوه : ان المراد به هو المنقول من الطعام وغيره ولا يشمل العقار بدليل مارواه زيد بن ثابت من ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع (تشتري) حتى يحرزها التجار الى رحالهم (١).

وقال ابن عباس رضي الله عنه في تفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه": لأحسب كل شيء الا مثله (٢).

ولظنية دلالة الحديث المذكور على المعنى المراد من لفظ "شيئا" حصل هذا الخلاف فمنهم من قال يشمل كل شيء، ومنهم من قال يشمل المنقول دون العقار، ومنهم من ذهب الى ان المراد به هو الطعام فقط .

٣- قطعي الثبوت وظني الدلالة : كما في قوله تعالى ( فان كان له اخوة فلأمه السدس) (٣) فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث الثبوت لانها كبقية الآيات وصلت الينا عن طريق التواتر ولكنها ظنية في الدلالة على العدد المراد من الاخوة الذي يحول الام من اوfer حظيها (الثلاث) الى السدس، فهل هو ثلاثة فما فوق كما يقول ابن عباس رضي الله عنه لان اقل الجمع الثلاثة ، او اثنان من الذكور او الاناث او الذكور والاناث كما هو رأي جمهور الفقهاء لان اقل الجمع اثنان ، او اثنان من الذكور او من يعادلها من الاناث كما يقول فقهاء الجعفرية ودليلهم ان اقل الجمع اثنان وان المراد من الاخوة اثنان من الذكور او مايعادلها من الاناث (كأربع اخوات فما فوق، او أخ واختين).

٤- ظني الثبوت وقطعي الدلالة: ككل حديث من احاديث الاحاد تكون دلالته على المعنى (الحكم) المراد به قطعية لاتحتمل غيره ، مثل مارواه عبد الله بن عمر من ان امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء (٤) وان اباه تلقني واراد ان ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (انت احق به مالم تنكحي) (٥).

(١) المرجع السابق

(٢) المرجع السابق

(٣) سورة النساء / ١١

(٤) بكسر الحاء هو المكان الذي يحوي الشيء او يضمه ويجمعه

(٥) سبل السلام ٣ / ٢٩٩ . وفي قانون الاحوال الشخصية الاردني ، المادة ١٥٤ :- (الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الامام ابي حنيفة) .

فهذا الحديث ظني الثبوت لانه لم ينقل عن طريق التواتر لكن دلالته على ان الام احق بالحضانه من غيرها مالم يكن هناك مانع قطعية.

### القطعية الذاتية والعرضية

المراد بقطعية الدلالة - كما سبق - هو ان اللفظ (او الكلام) او النص يدل على المعنى (او الحكم) المراد به دلالة يقينية بحيث لا يحتمل غيره مالم يقم دليل على خلاف ذلك . وهذه القطعية او اليقينية اما ذاتية تابعة من ذات الصيغة الدالة واما عرضية ناتجة من تفسيرها تفسيراً غير اجتهادي (١) كالتفسير التشريعي من الشارع (او المشرع) للنص او المصطلح الشرعي او القانوني.

انموذج من النصوص الشرعية والقانونية الدالة على الاحكام دلالة قطعية ذاتية :

### أ - في القرآن الكريم

١- قوله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ) (٢) يدل دلالة قطعية على ان عدة المطلقة الحامل تكون بوضع الحمل وتنتهي به وللزوجة ان تتزوج بعد وضعه مباشرة.

٢- قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) (٣) يدل لذاته دلالة قطعية على تحريم الجمع في الزواج بين الاختين ، وكذلك نصوص المقادير والعقوبات. والنصوص التي تكون دلالتها قطعية لامجال للاجتهاد فيها.

### ب - في السنة النبوية

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم ( الصلح جائز بين المسلمين الا صلح حرم حلالا او حل حراما ) (٤) يدل لذاته دلالة قطعية على جواز الصلح في الحقوق الخاصة.

٢- قول الرسول صلى الله عليه وسلم ( البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (٥) يدل لذاته دلالة قطعية على ان المطلوب من المدعي لاثبات مايدعيه هو البينة لانه يدعي خلاف الاصل (براءة الذمة)، ومن المدعى عليه لنفي المدعى به هو اليمين في حالة عدم قيام البينة من المدعي

---

(١) لان التفسير الاجتهادي لا يفيد الا الظن اذ الاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب

(٢) الطلاق/٤

(٣) سورة النساء/٢٣

(٤) سبل السلام ٣ - ٧٦

(٥) سبل السلام ٤ - ١٧٤



لانه مع الاصل. وغير ذلك من النصوص التي تدل على معنى ولا تحتتمل معنى آخر لانه مع هذا الاحتمال لا يوجد القطع بالنسبة لاي من تلك المعاني.

### صور من النصوص الدالة على المعنى

#### المراد من الدلالة قطعية عرضية

وفيما يلي صور من المصطلحات الشرعية والقانونية التي نقلت من معانيها اللغوية الى المعاني الاصطلاحية في الشرع او القانون فاصبحت غامضة لايعرف المراد بها لذاتها ففسرها صاحب الشرع فصارت دلالتها قطعية عرضا بسبب التفسير الشرعي.

#### أ - تفسير القرآن بالقرآن

١- قوله تعالى ( ان الانسان خلق هلوعا اذا مسه الشر جزوعا واذا مسه الخير منوعا) (١)

فلفظ (هلوع) غامض (مجمل) لذاته في دلالاته على المعنى المراد ففسر بانه هو الذي اذا

نال الشر اظهر شدة الجزع واذا ناله الخير بخل به ومنعه الناس (٢)

٢- قوله تعالى ( ويل للمطففين الذين اذا اکتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم او

وزنوهم يخسرون) (٣) فلفظ (المطفف) مجمل غير واضح المراد ففسر بانه الانسان الذي

يأخذ في كيل او وزن لنفسه زائدا ويدفع الى غيره ناقصا (٤) .

٣- قوله تعالى ( ويسومونكم سوء العذاب يُذبحون ابناكم ويستحيون نساءكم) (٥) اي

يذيقونهم اشد العذاب، وفسره بقوله يذبحون ابناكم ويستحيون نساءكم .

#### ب - تفسير القرآن بالسنة

١- قوله تعالى ( واقموا الصلاة ) ، فلفظه الصلاة في لغة العرب بمعنى الدعاء، فنقلها

الشارع الى معنى شرعي خاص لم يعرف المكلفون باقامتها المعنى المراد به، فقام

الرسول صلى الله عليه وسلم لاقامتها امامهم، فبين باقواله وافعاله اركانها وشروطها

(١) سورة المعارج / ١٩ - ٢١

(٢) الجامع لاحكام القرآن للقرطبي / ١٨ / ٢٩٠

(٣) سورة المطففين / ١ - ٣

(٤) القرطبي المرجع السابق / ١٩ / ٢٥٠

(٥) سورة البقرة / ٤٩ .

وسننها ثم قال لهم : (صلوا كما رأيتموني اصلي) فاصبحت دلالتها قطعية عرضا اي بسبب التفسير بعد ان كانت مجملة.

٣- قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت) فلفظ (حج) في لغة العرب بمعنى القصد نقله الشارع الى معنى شرعي خاص لم يعرفه المسلمون الاوائل، فقام الرسول صلى الله عليه وسلم بأدائه بحضورهم موضحا لهم اركانه وشروطه ومناسكه ثم قال لهم: ( خذوا عني مناسككم)، فاصبحت دلالته على المراد قطعية عرضا اي بسبب التفسير. وتفسير الرسول لهاتين الايتين وغيرهما تفسير شرعي يفيد القطع واليقين بمقتضى تخويله من الله بذلك في قوله تعالى ( وانزلنا اليك الذكر لتبين لنا س ما نزل اليهم) (١) (وما انزلنا عليك الكتاب الا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه) (٢).

### صحة الدلالة القطعية بالتقسيمين (الرباعي و الثنائي)

دلالة كل من المفسر والمحكم في التفسير الرباعي لواضح الدلالة قطعية، لانه يدل لذاته او بواسطة تفسير على معنى (حكم) لا يحتمل غيره الا بدليل، وكذلك دلالة النص في التقسيم الثنائي قطعية لانه عرف بانه ما يدل على معنى لا يحتمل غيره فيشمل الدال دلالة قطعية كلا من المفسر والمحكم والنص.

### الدلالة القطعية والاجتهاد

لاصلة بين النص الدال على الحكم المراد دلالة قطعية وبين الاجتهاد لان الاجتهاد سواء كان من الفقيه ام القاضي ام غيرهما انما يكون في نص يحتمل اكثر من معنى واحد او كانت دلالته غامضة، فبالاجتهاد يحدد المعنى المراد من المعاني المحتملة او يزال الغموض. ولذلك اجمع فقهاء الشريعة والقانون على انه " لامساغ للاجتهاد في مورد النص" والمراد بالنص هنا هو الدال على الحكم دلالة قطعية .

(١) سورة النحل / ٤٤

(٢) سورة النحل / ٦٤

## القطعية البديهية والقطعية النظرية

ما سبق من القطعية الذاتية والعرضية كانت بالنسبة الى الدلالة ، اما القطعية البديهية والنظرية فهما تكونان بالنسبة الى النصوص والدلالة الدالة على المعاني والاحكام، وكذلك بالنسبة لوسائل الاثبات والاخبار والوقائع فهذا الموضوع ذو صلة بالقضاء اكثر من غيره ، والقاضي غير ملزم بان لا يحكم الا باليقين بل يكفي الظن الغالب الذي يكتسبه من الادلة والبيانات لكن اليقين اولى من الظن اذا امكن كسبه لما فيه من الصواب والعدالة مطلقا .  
والامور القطعية هي اليقينية، واليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع .  
واليقينية اما بديهيات (ضروريات) واما نظريات مكتسبة من البديهيات . فالضروري هو البديهي ، والنظري هو المكتسب بالنظر من البديهي .

### أ- البديهيات : ستة انواع

١- المتواترات: وهي معلومات نقلها جمع من الناس لا يتصور العقل عادة توأطئهم على الكذب، كهجرة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم من مكة المكرمة الى المدينة المنورة ، وكعلمنا ان موسكو عاصمة روسيا .

٢- المحسوسات: وهي القضايا التي يحكم بها العقل بواسطة الحس الظاهري (١)

٣- الوجدانيات : وهي القضايا التي يحكم بها العقل بواسطة الحس الباطني كالحكم بان للانسان الما وحزنا وفرحا وعطشا وجوعا وغير ذلك مما يدرك الحس الباطني .

٤- المجربات: وهي القضايا الثابتة ثبوتا يقينيا عن طريق الخبرة والتجارب كالقضايا العلمية التكنولوجية او الطبية او الكيماوية او الفيزيائية او غير ذلك من الامور الخاضعة للتجارب، وهي لاتكون حجة على غير المجرب لانه لاتفيد علما ضروريا (يقينا) بالنسبة للغير .

٥- الحدسيات: وهي الامور البديهية الثابتة الناتجة عن تكرار المشاهدات كالحكم بان نور القمر مستفاد من ضياء الشمس (٢) .

٦- القضايا التي يحكم فيها العقل حكما يقينيا بمجرد تصور اطرافها دون حاجه الى دليل خارجي كالحكم بان الكل اكبر من الجزء وأنّ الزاوية المنفرجه اكبر من الحاده، وان ما ينقسم من الاعداد الى متساويين زوجي والا فردي .

(١) كالحكم باحراق النار وحلاوة العسل وبياض الثلج وطيبة روائح العطور وحسن وقبح الاصوات .

(٢) قال سبحانه وتعالى (هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نورا) سورة يونس/٥ .

## ب- النظريات المكتسبة من البديهيات

المعلومات اليقينية لدى الانسان لاتكون دائماً من البديهيات بل منها مايكتسب من ادلة يكون جميع مقدماتها من اليقينيات (١). اما اذا كانت احداها ظنية فان النتيجة تكون ايضا ظنية لانها تابعه لأخس المقدمات.

والدليل الذي تكون مقدماته كلها يقينية يسمى برهانا . والبرهان إما لمي أو آتي .

١- البرهان اللمي (٢) : هو الاستدلال بالسبب (المؤثر) على وجود المسبب (الآثر) كاستدلال الاطباء المختصين بالبكتيريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض صاحب الدم كما في الامثلة التالية:

أ- الاستدلال بوجود طفيلي ليثمانيا دونوفاني (Leishmania Donovanii) على اصابة صاحب الدم بالحمى السوداء (Kala - Azar) .

ب- والاستدلال بوجود طفيلي بلا سموديوم الملاريا (Plasmodium / Malaria) على اصابه المريض بالملاريا (Malaria)

ج- وبوجود بكتيريا بروسيليا (Brucilla) على الاصابة بجمي مالمطة (Brucillasis)

د- وبوجود بكتيريا سالمونيلاتايفي (Salmonella Typhi) على حمى التيفويد (Typhoid Fever)

٢- البرهان الآتي (٣) : هو الاستدلال بوجود المسبب (الآثر) على وجود السبب (المؤثر) كالاستدلال بأنار الجريمة بالطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد شخص المجرم .

(١) كالاستدلال على وجود الخالق بمتغيرات الكون كإن يقال: العالم متغير، وكل متغير حادث، ينتج بعد حذف المكرر العالم حادث ثم تجعل هذه النتيجة مقدمة في دليل آخر مثل: العالم حادث وكل حادث يحتاج الى محدث، ينتج العالم يحتاج الى محدث.

(٢) سمي لمياً لأنه يفيد اللمية اي العلية، وسميت العلة لمية اذ يجاب بها السؤال بلم فسميت لمية نسبة للم وسمي البرهان لمياً نسبة الى اللمية فهو منسوب الى (لم).

(٣) سمي الدليل أنياً لأنه يفيد أنية ، فهو منسوب لان لأنه يؤتى بان غالباً.

الدليل: هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر

الامارة: هي التي يلزم من العلم به الظن بوجود شيء آخر

التعليل: هي تبين علة الشيء.

ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال اهل الخبرة والمختصين في الطب الشرعي والبحث الجنائي على ثبوت الجريمة، او تحديد الشخص المجرم بآثار البصمات او اثار الاسلحة النارية او اثار الحريق العمدي او اثار الاقدام او اثار الآلات والاطارات او اثار الانسجة او الشعر، او البقع الدموية او السائل المنوي ، او البول واللعاب، او نحو ذلك.

فهذه الآثار ونظائرها التي يستدل بها على اثبات الجريمة او تشخيص المجرم استدلالا بالآثر على وجود مؤثره ، وبالمسبب على قيام سببه ، ان كانت قطعية بسبب التجارب والمشاهدات المتكررة او نحوها تسمى برهانا على القاضي ان يحكم بمقتضاها لانها تفيد اليقين.

وان لم تصل الى درجة القطع واليقين تسمى امانة (دليلا ظنيا) وتكون قابلة لاثبات العكس ومع ذلك للقاضي ان يحكم بموجبها لانها تفيد الظن والقاضي ليس ملزما ان يحكم دائما باليقين لانه لو الزم به لادى ذلك الى ضياع كثير من الحقوق والالتزامات وفي هذا الكون امور كثيرة لاتدرك الا بآثارها ومن الخطأ الظن بان ما يقع تحت الحس الظاهري لاحقيقة له.

## المبحث الثاني الدالة الظنية

تكون دلالة النصوص، وصيغ العقود، ووسائل الإثبات ظنية اذا كان الدال محتملاً لاكثر من معنى (او حكم) واحد، ولو كانت هذه الدلالة بدرجات متفاوتة وضوحاً وخفاءً . وقد اجمع علماء الاصول والفقهاء على جواز الاكتفاء بالظن في الفروع (الاحكام الفقهية او القضائية) ، واليقين غير مطلوب الا في الاحكام الاعتقادية (اصول الدين)، ولو اشترط اليقين من الفقيه في استنباط الاحكام او من القاضي في حسم الخصومات لتعطلت كثير من المصالح والحقوق المالية وغير المالية ذلك لان افادات الخصوم، وشهادات الشهود كلها اخبار، وكل خبر من حيث هو يحتمل الصدق والكذب وبالتالي لايفيد الا الظن.

كذلك اكثر النصوص دلالتها ظنية سواء اكانت في الشريعة الاسلامية ام في القانون لانها اما ان تحتمل اكثر من حكم واحد، او تتسم بطابع المرونة والمطاطية، او تتأثر احكامها بالظروف والملابسات وخلفيات القضية المعنية بالحكم وحسم الخصومة فيها.

اضافة الى ذلك فان الفقيه او القاضي كما لايلزم بالعمل باليقين دائماً بل يكفي حصول الظن الغالب في حالات غياب اليقين كذلك لايجوز له ان يعمل بالشك او الوهم او التخيل بل الحد الادنى هو الظن باجماع فقهاء الشريعة والقانون.

ومن الجدير بالذكر ان ادراكات الانسان اما تصورات او تصديقات ، وانّ ما يدركه في كل مفردة او قضية (او مسألة) يكون دائراً بين الوقوع واللاوقوع فهو لايلخو من احدى الحالات التالية :

١- ان تساويا (الوقوع واللاوقوع) عند العقل من غير رجحان احدهما على الاخر فالادراك المتعلق بكل منهما يسمى (شكاً).

٢- وان ترجح احدهما عند المدرك بنوع من الازعان والقبول يسمى تصديقاً.

٣- الاعتقاد ان لم يصل الى درجة الجزم يسمى (ظناً)، والطرف المقابل له يسمى (وهماً).

٤- الاعتقاد الجازم ان لم يكن ثابتاً بان كان قابلاً للزوال بتشكيك المشكك يسمى (تقليداً) والطرف المقابل له يسمى تخيلاً او (تخيلاً).

٥- الاعتقاد الجازم الثابت ان لم يكن مطابقاً للواقع يسمى (جهلاً مركباً).

٦- والاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع يسمى (يقيناً).

والوهم ، والشك ، والتخييل من اقسام التصورات فلا يجوز الحكم بمقتضاها . والظن ،  
والتقليد ، والجهل ، واليقين من التصديقات فالحكم يكون باليقين ان وجد والا فبالظن  
الغالب .

### ظنية دلالات النصوص والاختلاف في احكامها

تعتبر ظنية دلالات النصوص من اهم اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية وقد سبق  
بيان بعض النصوص ، وكرر بصوره مختصره للتذكير بعضها منها :

١- قال تعالى في حكم الايلاء (للذين يؤولون من نساءهم تربص اربعة اشهر فان فاعوا فان  
الله غفور رحيم وان عزموا الطلق فان الله سميع عليم) ولظنية دلالة هذه الآية على الحكم  
المرتب على الايلاء اختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ- قال جمهورهم: للزوجة بعد المدة (اربع اشهر) مراجعة القضاء والمطالبة بالمعايشة  
المعروفة او الطلاق فالقاضي يجبر الزوج على احدهما فان امتنع حل محله في الطلاق  
وحكم بالتفريق .

ب- قال الجعفرية والظاهرية : يجبره القاضي على احدهما فان ابى لايحل محله في الطلاق  
ولكن يحبس او يعذبه الى ان يختار احدهما او يموت .

ج- وقال الحنفية والاباضية: يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة لان هذا هو معنى (وان عزموا  
الطلاق)<sup>(١)</sup> .

٢- قال تعالى في ميراث الام : (فان كان له اخوة فلأمه السدس) ، ولظنية دلالة هذه الآية  
على العدد المراد بالاخوة اختلف فيه الفقهاء:

أ- قال جمهورهم: اثنان فما فوق من الذكور والاناث او من كليهما .

ب- قال الجعفرية : المراد ذكران او مايعادلهما ( اي اربع اخوات او اخ واختان) فما فوق .

ج- وقال ابن عباس : ثلاثة فما فوق من الذكور او الاناث لان اقل الجمع ثلاثة .

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع كتاب الطلاق خلال اربعة الاف سنة للمؤلف د. مصطفى الزلي ٧٥/٢-٩٠ .

٢- قال تعالى في ميراث الاخت (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك)  
ولظنية دلالة هذه الآية على المعنى المراد بلفظ (ولد) اختلف فيه الفقهاء كالاتي:  
أ- قال ابن عباس وفقهاء الجعفرية: المراد ما يشمل الذكر والانثى لان هذا هو معناه اللغوي  
فلا ترث الاخت مع البنت او بنت الابن.

ب- وقال الجمهور: اراد به القران معناه العرفي (اي الذكر) فترث الاخت الشقيقة او الاب  
بعد نصيب البنت الباقي لانها عندئذ عسبة مع الغير (١).

### ظنية دلالة النص والتأويل

النص القابل للتأويل هو الذي تكون دلالته على المعنى المراد ظنية فلا تأويل في نصوص  
تكون دلالاتها على المعاني (الاحكام) قطعية. وقد عرف علماء الاصول التأويل بأنه: صرف  
النص عن معناه الظاهر الى معنى غير ظاهر (يحتمله) لدليل يقتضيه (٢). واقترح ان يعرف بأنه:  
هو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة الى ما يحتمله من حكم اخر لدليل يقتضيه.  
ويعتبر التأويل استثناء من الاصل فالاصل هو حمل اللفظ على معناه الحقيقي ولا يعدل الى  
المجاز الا اذا تعذرت الحقيقة.

والاصل في العام هو العمل بعمومه مالم يثبت مخصص يخصه، والاصل في المطلق هو  
تركه على اطلاقه مالم يقم دليل على تقييده... الى غير ذلك من الاصول الاخرى التي يعتبر  
العدول عنها تأويلاً عند بعض علماء الاصول والفقهاء كالمالكية.  
ولكون التأويل استثناء للاصل ، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات الهوى اشترط  
علماء الاصول لصحته شروطها اهمها مايلي:

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع شرح قانون الاحوال الشخصية للمؤلف الدكتور مصطفى الزلي من ص ١٥٤ وما بعدها  
(٢) يقول التلمساني المالكي (مفتاح الوصول في علم الاصول ص ٩٣ - ص ١١٠) "المؤول متضح الدلالة في المعنى الذي  
تؤول فيه لانه راجح فيه الا ان رجحانه لما كان بدليل منفصل كان في اتضاح دلالاته ليس كالظاهر، ولما كانت اسباب  
الظهور ثمانية كانت التأويلات ثمانية: الاول حمل اللفظ على مجازه لا على حقيقته، الثاني الاشتراك وهو في الحقيقة  
ليس بتأويل، لان الاشتراك اقرب الى الاجمال لكن اذا اثبت المستدل ان اللفظ حقيقة في واحد من المعنيين اللذين  
يحتملها اللفظ فله بعد ذلك، ان يرجح احد المحتملين بادنى مرجح ويكفيه ذلك والثالث الاضمار، والرابع الترادف،  
والخامس التأكيد، والسادس التقديم والتأخير، والسابع التخصيص، والثامن التقييد.



١- ان يكون النص قابلاً للتأويل، بان تكون دلالته على الحكم ظنية بحيث يحتمل اكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات.

٢- ان يكون التأويل موافقاً لوضع اهل اللغة، او عرف الاستعمال، او اصطلاح الشرع في النصوص الشرعية او اصطلاح القانون في النصوص القانونية ... فاذا خرج عن هذا الاطار كان تأويلاً فاسداً. فالعام اذا كان صرف عن عمومه واريد به بعض افراده بدليل معتبر فهو تأويل عند من يرى التخصيص تأويلاً، لان دلالة النص العام على شمول حكمة لجميع مايتناوله من الافراد والمصادقات دلالة ظنية عند جمهور العلماء مالم يقيم دليل على خلاف ذلك.

وكذلك النص المطلق اذا صرف عن شيعه وحمل على المقيد، او قيد بقيد معتبر كان ذلك تأويلاً عند من يرى ان التقييد تأويل.

وكذلك حمل اللفظ على ومعناه المجازي لتعذر المعنى الحقيقي يكون تأويلاً.

٣- ان يقوم دليل (١) يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر الى المعنى المحتمل لان الاصل هو العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك (٢)

٤- ان يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل ، كالمصلحة الشرعية او الحاجة الضرورية او غيرها مما يستنتجه الفقيه او القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملابساتها وخلفياتها ونتائجها (٣).

---

(١) حصر الظاهرية أدلة التأويل في ثلاثة فقط وهي : نص القران الكريم والسنة النبوية واجماع الصحابة، وكل تأويل دليله من غير هذه الثلاثة يكون باطلاً. ومن الواضح ان في هذا الرأي الضيق حرجاً وهو مرفوض بموجب قوله تعالى ( وما جعل عليكم في الدين من حرج ) .

(٢) يقول القرافي (شرح تنقيح الفصول ص ١١٢) : يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز والعموم دون التخصيص والافراد دون الاشتراك والاستقلال دون الاضمار وعلى الاطلاق دون التقييد وعلى التأصيل دون الزيادة وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد وعلى البقاء دون النسخ وعلى الشرع دون العقل وعلى العرف دون اللغوي . الا ان يدل دليل على خلاف ذلك لان جميع ما ادعينا تقديمه ترجع عند العقل احتمال وقوعه على مايقابله والعمل بالراجع متعين اي مالم يقيم دليل على خلاف ذلك.

(٣) يقول الشاطبي (لموافقات في اصول الشريعة ٩٩/٣ - ١٠١) : يراعى في المؤول به اوصافاً ثلاثة: ان يرجع الى معنى صحيح في الاعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين ويكون اللفظ المؤول قابلاً له وذلك ان الاحتمال المؤول به اما ان يقبله اللفظ او لا فان لم يقبله فاللفظ نص لاحتمال فيه فلا يقبل التأويل، وان قبله اللفظ فاما ان يجري على مقتضى العلم او لا، فان جرى على ذلك فلا اشكال في اعتباره لان اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لايباه.. ووجه ثان : وهو ان التأويل انما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو اقوى منه. ووجه ثالث : وهو ان تأويل الدليل معناه ان يحمل على وجه يصح كونه دليلاً في الجملة فرده الى ما لا يصح رجوع الا انه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين النقيضين. نقلته مع التصرف.

هـ - الاهلية الاجتهادية: يشترط فيمن يتولى عملية التأويل ان يكون اهلا للاجتهاد لانها عملية اجتهادية يتولاها من يكون من اصحاب الملكة الفقهية في المسائل الشرعية ، والعقلية القانونية في المسائل القانونية.

ومن متطلبات هذه الاهلية : الامام بخواص اللغة العربية وباسرار التشريع وعلل الاحكام والاسباب الموجبة اضافة الى معرفة احكام العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، وتمييز قطعي الدلالة من ظنيها، والحقيقة من المجاز وغير ذلك من مؤهلات الاجتهاد.

### التأويل القريب والتأويل البعيد

قسم علماء الاصول التأويل الى القريب والبعيد فقالوا: القريب: هو الذي يكفي فيه للعدول من المعنى الظاهر الى المعنى غير الظاهر ادنى دليل، والبعيد : هو الذي لايتبادر الى الذهن وانما تدل عليه قرائن وامارات (ادلة ظنية). لكن الواقع هو عدم وجود معيار علمي موضوعي دقيق للتمييز بين ماهو قريب وماهو بعيد من التأويلات، وانما المعيار شخصي قرب تأويل عند شخص يكون بعيدا في حين يكون في نظر شخص اخر قريبا وكذلك العكس، لان مرد القرب والبعيد في التأويل الى الاجتهاد والادراك والناس مختلفون في مداركهم وملكاتهم الفقهية وفي درجات رؤاهم الذهنية لاسرار التشريع وحكم الاحكام.

### التأويل و مجال تطبيق النص

التأويل غالبا يؤدي الى توسيع نطاق مجال تطبيق النص ورفع الحرج وتيسير طريقة الوفاء بالالتزامات دون ان يخل ذلك بالفرض المقصود من تشريعه.

وقد يؤدي الى تضيق النص وفيما يلي صور من الحالتين:

#### أ- من صور التأويل الموسع لمجال تطبيق النص:

١- قال سبحانه وتعالى في كفارة الظهار (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا)<sup>(١)</sup>

(١). سورة المجادلة / ٤.

حفاظا على احترام العلاقة الزوجية حرم الله سبحانه الظهار وهو تشبيه الزوجة باحدى المحارم كان يقول لها الزوج: انت مثل امي، او اختي او نحو ذلك واعتبر ذلك معصية موجبة للعقوبة ، وعقوبتها يجب ان تنفذ قبل المعاشرة الزوجية وهي حسب الترتيب الوارد في الاية: تحرير انسان مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين دون انقطاع فان لم يستطع لمرض او شيخوخة فيجب اطعام ستين مسكينا .

وقد اول بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> هذه الاية بالنسبة لاطعام ستين مسكينا تأويلا وسع نطاق النص بتعددية طرق الوفاء بهذا الالتزام كالآتي:

أ- دفع الطعام الى المسكين عينا كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك من القوت الذي يعيش به الانسان.

ب- او استضافة المسكين وتقديم الطعام له مما يأكله هو وأهله.

ج- او اعطاء قيمة الطعام للمسكين.

د- او تحويل غيره بتنفيذ هذ الكفارة سواء كانت من مال الاصيل ام من مال النائب.

هـ- او اطعام مسكين واحد باحدى الطرق المذكورة في ستين يوما.<sup>(٢)</sup>

---

(١) كفقهاء الحنفية ومن حدا حنوهم لمزيد من التفصيل راجع شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي (٢٥٧/٤-٢٧٥) وورد في هذا المرجع مايلي : وان لم يستطع الصيام عليه اطعام ستين مسكينا، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر ، او صاعا من تمر ، او شعير ، او قيمة ذلك . ولو امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقرارن معنى الفقير قابض له ، فان غداهم وعشاهم جاز قليلا مالكلوه او كثيرا، وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه لكن ان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد كل يوم ، فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره .

(٢) فيكون المعنى عاما شاملا لحالتين: (اطعام ستين مسكينا) او ( اطعام طعام ستين مسكينا ) .

وقد تعرض هذا التأويل لنقد شديد من بقية الفقهاء (١) على اساس انه بعيد لايحتمله النص، ولكن في الحقيقة والواقع انه تأويل قريب من روح الشريعة الاسلامية ويعبر عن التيسير الذي نص عليه القران في آيات منها ( وما جعل عليكم في الدين من حرج ) ( يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) لان الغاية هي سد حاجة الفقراء المساكين من جهة وعقاب المذنب من جهة اخرى شريطة ان لا يؤدي ذلك الى التساهل والاضرار بمصلحة المسكين.

٢- قال الرسول صلى الله عليه وسلم في زكاة الغنم "اذا كانت اربعين الى عشرين ومائة شاة شاة، فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان فاذا زادت على مائتين الى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه فاذا زادت على ثلاثمائة ففي كل مائة شاة (٢) واول بعض الفقهاء (٣) بالنسبة الى الشاه الواجب دفعها بان المراد بها ذات الشاه او قيمتها لان الغاية سد حاجة الفقير بالشاه ذاتها او قيمتها على ان تكون القيمة حقيقية لا صورية، وان لا يضر العدول الى القيمة بمصلحة الفقير .

وتعرض هذا التأويل للنقد ايضا على اساس انه بعيد عن معنى النص ولايحتمله، وزعم بعض(٤) من انصار هذا النقد: ان من قال بالتأويل ذهب الى ان الواجب القيمة دون الشاه ذاتها، وهذا الزعم غير مطابق للواقع كما ذكرنا بل قالوا: يخير بين دفع الشاه ذاتها او قيمتها مع رعاية مصلحة من يستحق صرف الزكاة له.

وان هذا التعميم لايتعارض مع الغاية المتوخاة من تشريع الزكاة من مكافحة الفقر وسد حاجة المحتاجين وتضييق نطاق النظام الطبقي في المجتمع وايجاد المحبة والوئام بين الطبقة المعدومة والطبقة الغنية عن طريق الزكاة.

---

(١) في المرجع السابق (٤ / ٢٧١): قال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لايجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا ويتكرر الحاجة في مسكين واحد لايصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز لان الظاهر انما هو عدد ومعدوده نوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء. وفي شرح الكوكب المنير (ص ٢٣٥): "فجعلوا المعدوم وهو طعام منكر مفعولا به ، والمذكور وهو قوله (ستين) معدوما لم يجعلوه مفعولا به مع ظهور قصد العدد بفضل الجماعة ويركتهم وتضافرهم على الدعاء للمحسن وهذا لا يوجد في الواحد ."

(٢) سبل السلام ١٦٢ / ٢ .

(٣) وهم الحنفية ايضا ومن تبعهم .

(٤) في شرح الكوكب المنير ( ص ٢٣٥ ) وابعده من ذلك/ اي من التأويل السابق تأويلهم في اربعين شاه على قيمتها ( قيمة الشاة) ... وهو يؤدي الى بطلان الاصل لانه اذا وجبت القيمة لم تجب الشاة فعاد هذا الاستنباط على النص بالابطال.

## ب- من صور التأويل المضيق لنطاق النص

١- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر) (١) . فأول بعض الفقهاء (٢) هذا الحديث بأن المراد امرأة لم تتوافر فيها الاهلية الكاملة اما البالغة العاقلة فلها ان تتزوج بدون اذن وليها قياسا على صحة تصرفاتها في سائر حقوقها الخاصة.

وقد انتقد الجمهور هذا التأويل بانه بعيد لا يحتمله النص، وهو انتقاد في محله للاسباب الآتية:

اولا: يتعارض مع العموم الصريح في النص لان صيغة (ايما) من صيغ العموم والعام يؤخذ بعمومه مالم يقدّم دليل على تخصيصه ولم يثبت هذا الدليل.

ثانيا: تصرف المرأة في نفسها لا يقاس على تصرفها في حقوقها المالية الخاصة لعدم وجود العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

ب- قال الرسول صلى الله عليه وسلم لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع "اذا بايعت فقل لاخلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة اتبعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فاردد"، وهذا الحديث كما ذكرنا سابقا هو المصدر الاول للقاعدة العامة التي اقرتها التشريعات الوضعية من أن الغين الفاحش الناتج من التغيرير (التدليس) سبب لعدم لزوم العقد (٣) او لتوقفه (٤) .

غير ان بعض الفقهاء اولوه تأويلات بعيدة ادت الى تضيق نطاق تطبيقه :

أ- فمنهم من قال : انه خاص بمن يكون ضعيف العقل (كالمعتوه) بدليل ما روي مع هذا الحديث من ان رجلا كان يبايع وكان في عقله ضعف فقال له الرسول ماورد في الحديث المذكور، على اساس ان ضعيف العقل ناقص الاهلية تصرفاته في المعاوزات موقوفة على اجازة وليه، وهذا التأويل بعيد لان الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي.

١. سبل الاسلام ٤ / ١٥٤.

٢. وهم الحنفية، في بداية المبتدي والهداية بشرح فتح القدير(٣/٢٥٦) : وينعقد نكاح الحرّة العاقلة البالغة برضاها عند ابي حنيفة وابي يوسف، وعند محمد ينعقد موقوفاً أي على اجازة الولي، ووجه الجواز: انها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله

٣. عدم اللزوم هو اتجاه القانون المدني الاردني اذ نصت المادة (١٤٥) على :- ( اذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تمّ بغين فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد).

٤. وهو اتجاه القانون المدني العراقي ، وقد سبق بيانه.

ب- ومنهم من اوله على انه من باب خيار الشرط بدليل ماورد في هذا الحديث من قول اذا بايعت فقل لاخلابة، وهذا التأويل ايضا بعيد لان الخيار مبني على اساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التغيرير من المتعاقد الاخر سواء وجد هذا الشرط ام لا .

ج- ومنهم من اوله على انه خاص بمن قيل الحديث بصده وهو حبان بن منقذ وهذا ايضا بعيد لان القاعدة الاصولية العامة تقضي بان العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب .  
ونستنتج من التطبيقات المذكورة ان التأويل قد يكون قريبا وقد يكون بعيدا وفي كلتا الحالتين اما موسع لنطاق النص المؤول او مضيق له.

## التأويل والتفسير

يشترك التأويل والتفسير في ان كلا منهما عملية اجتهادية باستثناء التفسير التشريعي فانه تشريع له قوة المفسر في الالزام.  
وكذلك يشتركان في ان الغرض من كل واحد منهما هو بيان ماهو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليها.

ورغم هذا الشبه فانهما يختلفان في فروق جوهرية اهمها مايتي:  
١- التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص الى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك في حين ان التفسير هو استجلاء الغموض الموجود في النص.

٢- التفسير قد يكون من الشارع (او المشرع) ويسمى تفسيرا تشريعا وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيرا فقها وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيرا قضائيا في حين ان التأويل لايتصور من الشارع (او المشرع) الا عندما يرى ان التخصيص والتقييد تأويل.

٣- القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضا في المسائل غير الجنائية لانه ليس له اهماله بحجة الغموض والا اعتبر ناكرا للعدالة بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

٤- التفسير التشريعي يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى (الحكم) المراد في حين ان النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنييه (الراجع والمرجوح).

٥- النص المؤول يحتمل معنيين فاكثر (المعنى الراجع الظاهر الاصلي والمعنى المرجوح الذي صرف اليه) بخلاف المفسر.

٦- وسائل التفسير والايضاح تكون اقوالا واعمالا كما فسر الرسول صلى الله عليه وسلم الصلاة والحج باقواله وافعاله ثم قال لاصحابه (صلوا كما رأيتموني اصلي) (خذوا عني

مناسككم) في حين ان التأويل لا يكون الا بالاقوال.

٧- الباعث الدافع للتفسير ازالة غموض النص اما التأويل باعثة مصلحة او حاجة او ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر الى معناه غير الظاهر.

٨- التأويل بيان بدليل لايقطع باب الاحتمال بل تبقى دلالة النص بعد التأويل ظنية قابلة لاحتمال آخر بخلاف التفسير فانه غالبا لايدع المجال امام الظن او الاحتمال ان يلعب دوره.

## المبحث الثالث الدلالة الغامضة

الغامض: لفظ (او كلام) لاتكون دلالته على المعنى (او الحكم) المراد واضحة وهو يشمل الاقسام الاربعة لغير واضح الدلالة (الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه) في التقسيم الرباعي والمجمل والمتشابه في التقسيم الثنائي.

والذي يهمننا في هذه الدراسة هو معرفة اهم اسباب الغموض، ووسائل ازالته وهي تختلف باختلاف النصوص والقضايا الخاضعة لها كما تختلف باختلاف المفسرين والشراح والقضاة وكل من يتعامل مع النصوص.

فرب نص غامض في نظر شخص يكون واضحا لدى شخص آخر لتفاوت الناس في الاستعداد والفهم وصفاء الذهن، وسعة الاطلاع والمملكة الفقهية والعقلية القانونية. وازضافة الى ما ذكرنا فان علماء الاصول وفقهاء الشريعة والقانون لم يتمكنوا من القيام باستقراء تام واحصاء كامل لاسباب الغموض في النصوص.

ومرد ذلك عمومية وتجرد القواعد الشرعية والقانونية وعدم الاكتراث لدقائق الامور، وتفاصيل الجزئيات حتى لايقيد الفقيه او القاضي بان يتمسك بحرفية النص في جميع الاحوال والظروف. وكما لاتوجد ضوابط لاسباب غموض النصوص كذلك لاتوجد معايير دقيقة لتحديد وسائل ازالة الغموض فلكل غامض وسيلة خاصة لاكتشاف المراد به وبناء على ذلك نقتصر على استعراض نماذج من اسباب الغموض ووسائل ازالته.

## اسباب الغموض

اولا: الغموض في سريان النص على بعض ماصدقاته(١) : لما يتصف به هذا البعض من

تسمية خاصة او طبيعية متميزة كما يلي:

أ- من الغامض من حيث السريان في نصوص الشريعة قولع تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله) وقد ذهب بعض العلماء من الاصوليين والفقهاء الى ان سريان هذه الاية على النباش والطرار (النشال) غير واضح لتخلف بعض عناصر السرقة فيهما لان النباش يسرق مالاً غير مملوك لاحد فما يأخذه السارق من القبر ليس ملكا للميت لانه غير اهل للتملك، وليس ملكا للورثة لانهم تخلوا عنها، اضافة الى ان القبر لايعتبر حرز المثل لتلك الاموال فالاستيلاء عليها لايعتبر سرقة، وان الطرار يسرق المال من اليقظان، في حين ان السرقة عبارة عن اخذ مال مملوك للغير خفية في حرز مثله بقصد سيء.

ثم أن استقلالية كل من هذين النوعين من السراق باسم خاص قد اورثت شبهة في صدق السارق عليهما، واحوجت الفقه والقضاء الى البحث والاجتهاد لازالة هذا الغموض في الشمول عن طريق علة تشريع الحكم تجريما وعقوبة، وقد وصل اجتهاد الفقهاء الى ان العلة هي حماية الاموال فهي قائمة بالنسبة للنباش والطرار لاعتدائهما على مال الغير.

ثم ان مرد اختصاص النشال (او الطرار) بهذا الاسم الخاص الزيادة في مضمونه فهو سارق مع الزيادة، فالسارق يسارق الاعين النائمة والطرار يسرق الاعين المستيقظة بخفة يده ومهارته، وبذلك يعتبر أخطر من السارق الاعتيادي على المجتمع ويستحق العقوبة من باب اولى فلا مبرر للتردد في كونه مشمولاً بآية السرقة وهذا ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة.

اما بالنسبة الى النباش فقد ذهب البعض الى انه يعاقب بعقوبة تعزيرية لان المسروق لا مالك له والقبر لايعتبر حرزا ونسب هذا الرأي الى ابي حنيفة (رح)، ولكن قال الجمهور(٢): ان النباش مشمول باحكام السرقة وانه سارق حقيقة اضافة الى ارتكاب جريمة هتك حرمة الميت، ارتكاب وان المال المدفون مع الميت قد يكون من الاموال النفيسة دفن معه اعتزازا بالميت كما هو المتعارف لدى بعض الاقوام وبصورة خاصة في العصور الغابرة وقد يكون المسروق عضوا صناعيا من المعدن النفيس.

(١) اي مايندرج تحته معنى ويصدق عليه لفظا

(٢) لمزيد من التفصيل راجع فتح القدير ٢٢٤/٤ ومابعدها، وتفسير القرطبي ١٦٠/٦ ومابعدها



ومن الجدير بالاشارة ان هذا الخلاف موجود لدى فقهاء القانون ايضاً فذهب اكثر شراح القانون الجنائي الى ان الاشياء المدفونة مع الميت كاخاتم والاسنان والاعضاء الصناعية وغيرها لاتعتبر متروكة بل لاتزال مملوكة لورثة الميت او لاصدقائه الذين قدموها له، لما في ذلك من معنى التقدير وتخليد المحبة، ولذا يكون الاستحواذ عليها ارتكاباً لجريمة السرقة وقد تبني هذا الرأي القضاء الفرنسي (١) وقال بعضهم: لايعتبر سرقة لان الاشياء المدفونة مع الميت تعتبر متروكة قد تخلى عنها اصحابها.

ب- ومن غموض النص من حيث الشمول والسريان في النصوص القانونية:

المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري (٢) كل من اختلس منقولاً مملوكاً غيره فهو سارق). وجه الغموض هو خفاء شمول المنقول في هذه المادة بالنسبة لما هو متصل بالارض كالمحصولات الزراعية والاشجار، والثمار، والقوى الكهربائية، والمائية وكل طاقة او قوة محرزة اخرى .

وقد تدارك المشرع العراقي هذا الغموض فنص صراحة في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات القائم على مايعتبر منقولاً فقال: (السرقة اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً، ويعتبر مالا منقولاً لتطبيق احكام السرقة : النبات وكل ماهو متصل بالارض، او مغروس فيها بمجرد فصله عنها، والثمار بمجرد قطفه والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة او قوة محرزة اخرى).

وبهذا التفسير للمنقول استبعد غموض سريان النص لهذه الاشياء. وكذلك فعل المشرع الاردني في المادة ٣٩٩ من قانون العقوبات (٣).

### ثانياً: الغموض في النص بسبب اضطراب صياغته

كما في المواد (٩ و ٨٩ و ٩١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ (٤):

أ- المادة (١/٩): ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول. وجه الغموض في هذا النص هو استعمال لفظ (باطل) لبيان صفة عقد المكره مع اضافة عبارة (اذا لم يتم الدخول) لان لفظ (باطل) في التشريعات العراقية (٥) لايراد به الا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لايتحول الى الموجود بالاجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول.

(١) جارسون شرح المادة (٢٧٩) بند(٥٢٨) نقلا عن الدكتور حميد السعدي شرح قانون العقوبات النافذ ١٤١-٢

(٢) ذي رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧

(٣) ونصها : ١. السرقة هي اخذ مال الغير المنقول دون رضاه.

٢. وتعني عبارة ( اخذ المال) إزالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله واذا كان متصلاً بغير منقول

فيفصله عنه فصلاً تاماً ونقله.

٣. وتشمل لفظه (مال) القوى المحرزة).

(٤) ذي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩

(٥) في التشريعات المصرية قد يراد به البطلان النسبي وهو يرادف غير اللازم.

ووسيلة ازالة غموض هذا النص هي تعديله بتبديل الباطل اما بالموقوف او الفاسد لان مصطلح العقد الفاسد وان لم يأخذ به المشرع العراقي في القانون المدني الا انه اقره في قانون الاحوال الشخصية (١) ومن الجدير بالذكر ان الفاسد للاكراه يتحول الى الصحيح بالاجازة كالعقد الموقوف بخلاف الفاسد لاسباب اخرى فانه لايتحول الى الصحيح الا بازالة سبب الفساد.

ب- المادة (٨٩): الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم:

١- الابوان والاولاد وان نزلوا للذكر مثل حظ الانثيين

٢- الجد والجدات والاخوة والاخوات، واولاد الاخوة والاخوات

٣- الاعمام والعمات، والاخوال والخالات وذنو الارحام

٤- تعتبر الاخوت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب

وجه الغموض: ان هذه المادة بسبب اضطراب صياغتها لاتدل صراحة على اتجاه المشرع العراقي: هل اخذ بالفقه السني او بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة واستحقاقهم للتركة؟(٢) ولذلك حصل التناقض في تفاسير محكمة التمييز لها في العراق، وقد فسرتها بقرارها المرقم ١١/شخصية / ٩٦٤ في ١٩٦٤/٣/٢٨ بانها اخذت بالفقه السني ولم تأخذ بنظام المراتب في حين فسرتها عام ١٩٨٥(٣) بانها اخذت بالفقه الجعفري واقرت نظام المراتب، فكل وارث من الفقرة الاولى ذكرا كان ام انثى يحجب من الميراث كل من ورد في الفقرتين الثانية والثالثة، وكل وارث من الفقرة الثانية يحجب من ورد في الفقرة الثالثة.

---

(١) في المادة (٢٢) اذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح (الفاسد) فان كان المهر مسمى فيلزم اقل المهرين من المهر المسمى والمثلّي، وان لم يسم فيلزم مهر المثل.

(٢) في الفقه السني: الورثة ثلاثة اقسام:

١- اصحاب الفروض وهم الورثة الذين حددت نسبة انصبتهم بالنص

٢- العصبات وهم الذكور المنتمون الى الميت مباشرة او عن طريق الذكور

٣- ذنو الارحام وهم ماعدا القسمين المذكورين من الاقارب وفي الفقه الجعفري الورثة ثلاث مراتب (او طبقات) : الطبقة الاولى من ورد في الفقرة الاولى من المادة (٨٩) .المرتبة الثانية: من ورد في الفقرة الثانية منها . المرتبة الثالثة: من ورد في الفقرة الثالثة. وقالوا: اذا وجد واحد في المرتبة الاولى لايرث احد من الثانية والثالثة، واذا وجد واحد من الثانية لايرث احد من الثالثة.

(٣) كما في قرارها المرقم (٢٩٤/موسعة اولى / ٨٤-٨٥) في ١٩٨٥/٦/٢٦ وقرارها المرقم (١٩٨٣/موسعة اولى / ٨٦-٨٧) في ١٩٨٧/٥/٦.

وكان هذا التناقض في التفسير نتيجة غموض المادة، والتفسير الاول هو الصحيح لما يلي:

- ١- استعمال مصطلح (نوي الارحام) في الفقرة الثالثة وهو لا يوجد في الفقه الجعفري.
  - ٢- استعمال لفظ(جد)مفرداً في الفقرة الثانية يعني الجد من الأب لأنه من جانب الام يعتبر من نوي الارحام، وهذا غير وارد في الفقه الجعفري الذي يستعمل عادة في المرتبة الثانية تعبير (الاجداد) اي الجد من جانب الاب والام .
- اضافة الفقرة الرابعة(١) الى المادة (٨٩) والفقرة الثانية (٢) الى المادة ٩١ تكون من باب العيب والحشو اذا كانت احكام المادة (٨٩) مأخوذة من الفقه الجعفري(٣) لان هذه الاضافة من باب تحصيل الحاصل بالنسبة الى الفقه الجعفري.

ج-المادة (٢/٩١): تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ماتبقى من التركية بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم، منها وتستحق جميع التركية في حالة عدم وجود اي منهم وجه الغموض ان هذه الفقرة تتضمن حكمين غريبين احدهما: لامثيل له في العالم الاسلامي وغير الاسلامي وهو جعل البنت اقوى من الابن في الميراث، وعلى سبيل المثل؛ من مات من اهل السنة عن جد وجدة وبنت تكون تركته كلها للبنت بموجب هذه الفقرة لانها تحجب كل الورثة باستثناء الابوين والزوجين وابن المتوفي، واذا مات عن جد وجدة وابن فلكل من الجد والجددة السدس والباقي للابن. وثانيهما: مخالف لاجماع فقهاء المسلمين من اهل السنة والشيعفة فمن مات عن اب وام وبنت فالمسألة الفرضية تكون من (٦) فعند اهل السنة للبنت النصف (٦/٣) وللأم السدس(٦/١) وللأب السدس(٦/١) فرضاً والباقي تعصيباً.

وعند اهل الشيعة لكل من الابوين السدس وللبنات النصف والباقي يعاد توزيعه على الكل بالنسبة الى حصصهم وترد المسألة من (٦) الى (٥)، في حين يكون الباقي للبنت اضافة الى حصتها المقررة وذلك بمقتضى تلك الفقرة من المادة (٩١)، وهذا لم يقل به أحد من فقهاء المسلمين.

---

(١) اضيفت هذه الفقرة اليها بموجب المادة الاولى من القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٨٣ التعديل الثامن من قانون الاحوال الشخصية

(٢) اضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية.

(٣) لانه في هذا الفقه البنت كالابن عند عدم وجوده والاخذ الشقيقة كالاخ الشقيق عند عدمه فلا حاجة الى هذين التعديلين.

وسيلة ازالة هذا الغموض اذا بقي المشرع على موقفه من الأخذ برأي الامامية في هذه المسألة هو تعديل الفقرة المذكورة وبالاتي: (وتعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) وذلك اسوة بما جاء في الفقرة الرابعة من المادة (٨٩) اخذاً بالفقه الجعفري لان هذا هو غرض المشرع من تعديل المادة لكن الصياغة اتت غير موفقة.

### ثالثاً: الغموض بسبب الاشتراك

سواء كان لفظيا كما في لفظ (قرء) في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) ام معنوياً كما في لفظ (قاتل) في قول الرسول (لا يرث القاتل) وقد سبق بيان ذلك في مبحث المشترك. ومثل لفظ (تتم) هو يحتمل ان يراد به الانعقاد او الصحة او النفاذ<sup>(١)</sup> او اللزوم وقد تردد شراح القانون المدني العراقي، بين هذه الاحتمالات في القبض في العقود العينية كما في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي ولكن الواقع هو ان المعنى الصحيح لتعبير (تتم) في هذه المادة (وتتم الهبة بالقبض) هو انها تتم اثارها لان العقد العيني ينشئ الالتزام ولكن لا ينشئ الحق الا بالقبض.

### رابعاً: تردد اللفظ (او الكلام) بين احتمالين فاكثر

ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة منها:

أ- تردد القيد الوارد بعد عدة جمل معطوف بعضها على بعض بين رجوعه الى الكل او الى الاخيرة حينما لا توجد قرينة تحدد المرجع، كما ذكرنا بالنسبة للاستثناء في مبحث التخصيص  
ب- تردد جملة (او كلام) بين مضمونين محتملين كما في قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح، وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم)<sup>(٢)</sup>.  
وجه الغموض: ان جملة (الذي بيده عقدة النكاح) مترددة بين الزوج الذي بيده دوام الزواج والعصمة وبين الولي لانه الذي يتولى التزويج ولهذا حصل الخلاف فيه: فمنهم من قال<sup>(٣)</sup> المراد

(١) والظاهر من نصوص القانون المدني الاردني التي ذكرت احكام الهبة أن (القبض) شرط نفاذ فيها، فقد نصت المادة (١/٥٥٨) على: (تتعدق الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض)، ونصت المادة ٥٥٩ على: (لا ينفذ عقد الهبة اذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب مالم يجزه المالك ويتم القبض برضاه) فلم تكف الاجازة لنفاذ الهبة بل اشترط المشرع تمام القبض برضا المالك لتنفذ الهبة. ونصت المادة (٥٥٦) على:

١. يتوقف نفاذ عقد الهبة على اي اجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه...

٢. وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة الى تسجيل). وهذا نص في توقف نفاذ الهبة على اتخاذ أي إجراء تنتقل الملكية به، وهي تنتقل في المنقول بالقبض، فكان تسليم المال الموهوب حقيقة او حكماً شرط نفاذ.

(٢) سورة البقرة - ٢٢٧

(٣) كعلي بن ابي طالب (رض) من الخلفاء الراشدين وسعيد من المسيب من التابعين وابي حنيفة والشافعي في قوله الجديد والامام احمد على الراجح في مذهبه من ائمة المذاهب الفقهية.

هو الزوج لان للمطقة قبل الدخول نصف مهرها المسمى تعويضا عن الضرر المعنوي الذي يصيبها بسبب الطلاق مالم تتنازل عنه.

ويرجع النصف الاخر للزوج لانه لم يتمتع بها مالم يتنازل عنه لها، ولا يكون العفو والتنازل الا ممن يملكه وفاقد الشيء لا يعطيه، فالمهر ليس ملك الولي حتى يتنازل عنه ثم ان الولي اذا ابرأ الزوج قبل الطلاق فالابراء باطل وكذلك بعده ومنهم من فسره (١) بالولي لانه بيده عقدة الزواج ولا يبقى للزوج سلطة على الزواج بعد الطلاق، ولانه لو اراد الله به الا الزواج لقال (الا ان تعفوا او تعفون).

فالعُدول من صيغة المخاطب في صدر الاية الى الغائب دليل على ان الكلام موجه الى غير الأزواج.

ووسيلة ازالة هذا الغموض هو الاجتهاد والنظر فيما يرجح احد المعنيين، والذي يبدو لنا ان التفسير الاول هو الراجح بقريظة ان العفو يكون ممن يملكه وهو الزوج ولان الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في نهاية الاية انما يكون لمن يملكه وهو الزوجان، ثم ان الطلاق والرجعة بعد الطلاق الرجعي بعد الزواج والمراد بالعفو التمليك ان كان المهر عينا والابراء ان كان ديناً (٢)

#### خامساً: كل زيادة في النص لا تظهر فيها فائدة جلية:

وكل نقص يخل بالمقصود، وكل اضرار (تقدير) يقتضيه النص للدلالة على الحكم المراد، وكل سبب اخر في ذات النص ... يؤدي ذلك الى عدم وضوح دلالته، ولو كان ذلك بالنسبة الى بعض دون بعض. ومن امثلة تلك الاسباب مايلي:

أ- المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات العراقي (٣) (مدة الطعن بطريقة التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لاحكام محاكم البدأة والاستئناف وعشرة ايام بالنسبة لاحكام محاكم البدأة ومحاكم الاحوال الشخصية).

(١) كابن عباس من فقهاء الصحابة وطاوس، وعطاء، والشعبي من فقهاء التابعين والامام مالك، وفقهاء الجعفرية من ائمة المذاهب في كثر العرفان في فقه القرآن للمحقق الحلي (٦٤/٢): كما يجوز للمرأة العفو عن حقها كذلك يجوز لوليها وهو المشار اليه بقوله (الذي بيده عقدة النكاح).

(٢) لمزيد من التفصيل راجع احكام القرآن للجصاص ١/٢٠٠، احكام القرآن لابن العربي ١/٢١٩، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠٤.

(٣) رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٩

وجه الغموض ان احدى المدتين بالنسبة للطعن بطريقة التمييز في احكام محاكم البداية زائدة لانها تارة حددت بثلاثين يوماً واخرى بعشرة ايام وهذا يُفرض الى ارباك القضاء فهل المعتمد الزمن الاول او الثاني؟ ووسيلة ازالة الغموض اعادة النظر وحذف اهدى المادتين.

ب- المادة (٧٤-١) (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم (اذا مات الولد ذكراً كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة). ففي هذه المادة غموض ناتج عن نقصها لانّ الاحفاد لا يستحقون الوصية الواجبة اذا كانوا وارثين لأصل ابيهم، أو كان اوصى لهم - وصية اختيارية أو ملكهم قبل وفاته- مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية او نسبة منها، ففي الحالة الاولى لا يستحقون شيئاً من الوصية الواجبة وفي الحالة الثانية تكمل النسبة الى ان تصل استحقاق والدهم او والدتهم على تقدير الحياة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

ووسيلة ازالة هذا الغموض هي اضافة فقرة جديدة الى المادة كالآتي:

(لا يستحق هؤلاء الاحفاد الوصية الواجبة اذا ملكهم بلا عوض الجد او الجدة في حال الحياة مقدار ما يستحقونه بها او اكثر فان ملكهم اقل منها وجبت تكملته). ثم ان هذا النص يشمل الطبقات الاخرى كاولاد اولاد الاولاد اذا اجتمعوا مع اولاد الاولاد لاطلاق ( الاحفاد) دون تقييدها بولد الولد كما في النص السابق (٢).

ج- المادة (٨٧٥/اولا) لمشروع القانون المدني العراقي (٣) (للموكل في اي وقت ان يعزل وكيله او يقيد وكالته، وللوكيل ان يتنحى عن الوكالة ولاعبرة لاي اتفاق يخالف ذلك) في هذه المادة غموض ناتج عن الاضمار الذي تجب رعايته وهو (مالم يتعلق بها حق الغير) ولانجد هذا الغموض في المادة (١/٩٤٧) من القانون المدني العراقي القائم لانها نصت صراحة على هذا القيد (٣).

(١) عدلت هذه المادة بالقانون المرقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩، التعديل الثالث.

(٢) وقد تجاوزت المشرع الاردني هذا الغموض بنصه في المادة (١٨٢/ب) من قانون الاحوال الشخصية على:- (لا يستحق هؤلاء الاحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل ابيهم جداً كان أو جده، أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن اوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية وإن اوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بقدر نصيبه). ونص في المادة (١٨٢ / ج) على:- (تكون الوصية لاولاد الابن ولاولاد ابن الابن وان نزل، واحداً كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الانثيين، يجب كل اصل فرعه دون غيره، ويأخذ كل فرع نصيب اصله فقط).

(٣) ونصها: (للموكل ان يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة باي اتفاق - يخالف ذلك، لكن اذا تعلق حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير). وقد نص المشرع الاردني على هذا القيد في المواد (٨٦٣) و (٨٦٥) و (٢/٨٦٦) من القانون المدني الاردني.

## سادسا: الغموض الناشئ من ايجاز النص

كما في قوله تعالى: (واقموا الصلاة وآتوا الزكاة)، (والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا)، ولاتدل هذه الآيات بصراحة على اركان وشروط الصلاة والحج، ولا على الاموال التي تجب فيها الزكاة ولا على الكمية الواجبة، وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بيان كل ذلك كما سبق في موضوع وظائف السنة النبويه وبذلك ازال الاجمال (الغموض) الموجود فيها قبل بيان المراد بها.

## سابعا: تردد اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي (او القانوني):

كما في لفظ (نكاح) في قوله تعالى: (ولاتنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف) فمعناه اللغوي الدخول (الوطء) ومعناه الشرعي عقد الزواج، وحمله الجمهور على المعنى الشرعي بناء على القاعدة، ان اللفظ في النصوص الشرعية يحمل على معناه الشرعي اذا دار بينه وبين المعنى اللغوي (وكذلك في النصوص القانونية) ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك لكن فسره البعض (كالحنفية) بالمعنى اللغوي او كليهما وعلى هذا الاساس اثبتوا المصاهرة بالزنى.

ومثل لفظي (الركوع والسجود) في قوله تعالى: (يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم) (١) فحملها الحنفية على المعنى اللغوي ففسروا الركوع بالميل من الاستواء، والسجود بوضع الرأس او الجبهة على الارض وحملها الجمهور على المعنى الشرعي فقالوا: الركوع الميل من الاستواء مع الطمأنينة، والسجود وضع الرأس على الارض. معها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (٢) (اركع حتى تطمئن راکعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً). وارى ان رأي الجمهور هو الاصول في تحديد المعنى المراد بالركوع والسجود ذلك لان الشارع نقلها من معناهما اللغوي الى المعنى الشرعي باضافة الطمأنينة فاصبحت من المجمل، وبيّنه الرسول صلى الله عليه وسلم بالحديث المذكور لان البيان من وظيفته بموجب قوله تعالى: (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم).

(١) الحج / ٧٧

(٢) نيل الأوطار ٢/ ٢٩٤ لمزيد من التفصيل راجع شرح المنار لابن ملك ص ٢٧٧ وما بعدها.

## ثامنا : عدم ملائمة مضمون النص لحكمة حكمه

كما في المادة (١/٤٤٠) من قانون العقوبات العراقي (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية):

١- وقوعها بين غروب الشمس وشرورها(١) اي وقوعها في الليل بمعناه الفلكي (الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشرورها). وجه الغموض ان الفترة التي تقع قبيل الشروق والفترة التي تقع بعيد الغروب حكمها النهار فلا تتوافر في هاتين الفترتين حكمة التشديد وهي مافي الظلام من الرهبة في نفوس الناس من جهة، وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة اخرى. ولرعاية هذه الحكمة على القاضي ان لا يحمل الليل على معناه الفلكي.

### تاسعا: الغموض بسبب التعارض بين نصين فاكثر:

ماهو التعارض؟ واين مجال وقوعه؟ ولماذا يكون سببا للغموض؟ وباية وسيلة يزال غموضه؟ ونجيب فيما يلي عن هذه الاسئلة

**تعريفه(٢):** عرفه علماء الاصول بتعاريف متعددة (٣) كلها تدور حول محور واحد وهو: ان يدل احد الدليلين -ولوظاهرا- على منافي مايدل عليه الاخر تنافيا كليا او جزئيا، كأن يدل احدهما على الجواز ويدل الاخر على المنع، فدليل الجواز يمنع التحريم ودليل التحريم يمنع الجواز فكل منهما معارض للاخر ومانع له، كالتعارض بين الحديثين الاتيين: عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لاينكح المحرم(٤) ولاينكح(٥)) وعن ابن عباس رضي الله عنه: (زوج رسول الله ميمونة وهو محرم(٦)) فالاول يدل على تحريم وعدم صحة زواج المحرم، والثاني يدل على جوازه وصحته.

(١) وكان المشرع المصري اكثر توفيقا في المادة (٣١٣) من قانون العقوبات ونصها (يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الاتية. اولاً: ان تكون هذه السرقة قد حصلت ليلاً) وكذلك نهج المشرع الاردني في المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات ونصها: (يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة مدة لا تنقص عن خمس عشرة سنة من ارتكب سرقة مستجمعة الحالات الخمسة الاتية : ١. ان تقع السرقة ليلاً.....)

(٢) لغة مأخوذ من العرض بمعنى المنع كما في قوله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس ) البقرة /٢٢٤ اي لاتجعلوا الله مانعا يعترض بينكم وبين مايقربكم اليه، وبمعنى الاظهار كما في قوله تعالى (ثم عرضهم على الملائكة) وغير ذلك.

(٣) ومنها في اصول السرخسي (١٢/٢) : "تقابل الحجتين المتساويتين على وجه يوجب كل واحدة منهما ضد ماتوجه الاخرى كالحل والحرمة والنفي والاثبات"

(٤) اي من لبس الاحرام للحج

(٥) رواه مسلم سبيل السلام ١٦٢/٣

(٦) متفق عليه المرجع السابق



**مجال التعارض:** لاتعارض بين دليلين قطعيين سواء اكانا نقليين ام عقليين والا للزم اجتماع النقيضين وهو ممتنع لان صدق كل منهما يستلزم كذب الاخر.

وكذلك لايقع التعارض بين دليلين يكون احدهما قطعيا والاخر ظنيا لعدم تعادلها في القوة الالزامية، فلا يقف الظني ضد القطعي بل يقدم عليه القطعي اذا كان مايفيده احدهما منافيا لما يدل عليه الاخر باتفاق آراء جميع الفقهاء.

ولايقوم التعارض بين دليلين ظنيين من نصوص الشريعة الاسلامية اذا لم يمكن الجمع بينهما، ولا يوجد مرجح لتقديم احدهما على الاخر، ولايكون احدهما ناسخا للاخر لانه في هذه الحالة يجب ان يسقط كلاهما عملا بقاعدة (اذا تعارضا تساقطا) وهذا غير وارد بالنسبة لنصوص(١) الشريعة لكن يمكن وقوعه في النصوص القانونية وادلة الاثبات.

**لماذا يكون التعارض سببا للغموض؟** التعارض بين نصين يؤدي الى حدوث الغموض بالنسبة الى كل منهما لا من حيث المعنى وانما بالنسبة الى التطبيق حيث يتردد الفقيه او القاضي في النص الواجب التطبيق من المتعارضين في القضية المعنية بمعرفة الحكم، لذا يجب بذل الجهد لرفع التعارض باحدى الطرق المعروفة لدى علماء الاصول.

### طرق رفع التعارض لازالة الغموض

وضع علماء الاصول ثلاث طرق لرفع التعارض وازالة الغموض الناشيء عنه وهي حسب التسلسل (الجمع بين النصين، ترجيح احدهما على الاخر، اعتبار المتأخر في التشريع ناسخا للمتقدم).

#### اولا: محاولة الجمع بين النصين:

يجب على الفقيه والقاضي اللجوء اولا الى محاولة الجمع بين النصين لان في الجمع عملا بكليهما واعمال الكلام خير من اهماله.

ومن الجدير بالذكر ان هذه الطريقة لايمكن تطبيقها الا بالنسبة لنصين تكون النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه بان يكون كل منهما عاما من وجه وخصوصا من وجه آخر، مثل ذلك

(١) في جمع الجوامع وشرحه (٢-٢٢١) يمتنع تعادل القاطعين اي تقابلها بان يدل كل منهما على منافي مايدل عليه الاخر اذ لو جاز ذلك لثبت مدلولهما فيجتمع المتنافيان وكذا يمتنع تعادل الامارتين اي تقابلها من غير مرجح لاحدهما في نفس الامر على الصحيح حذرا من التعارض في كلام الشارع.

في القرآن الكريم: قال سبحانه وتعالى: (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة اشهر وعشرا) (١) وقال تعالى: (وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) (٢) فهاتان الآيتان متعارضتان ظاهرا لان الاولى تدل على ان عدة الوفاة أربعة اشهر وعشرة أيام سواء كانت الزوجة المتوفى عنها زوجها حاملا أم حائلا وتدل الثانية على ان عدة الحامل وضع الحمل، سواء كانت مطلقة أو كانت من المتوفى عنها زوجها.

ولذا حصل الخلاف بين فقهاء الشريعة في اختيار طريقة رفع التعارض فجمهورهم (٣) اختاروا طريقة ترجيح العمل بالثانية بالنسبة للحامل على اساس انها مخصصة للاولى فتكون عدة الحامل وضع الحمل سواء اكانت مطلقة أم كانت من المتوفى عنها زوجها وتبقى الاولى تطبق على المتوفى عنها زوجها عندما تكون غير حامل. وبهذا الرأي أخذ المشرع الاردني (٤).

وقال بعض فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب (٥) باستعمال طريقة الجمع بين الآيتين لان في الجمع عملا بكليهما واعمال الكلام خير من اهماله، وينوا على ذلك ان عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا تكون ابعد الاجلين فايهما اطول مدة من وضع الحمل أو أربعة اشهر وعشرة أيام به تنتهي عدتها. ووجه اختيارهم لهذه الطريقة هي: ان النسبة بين الايتين العموم والخصوص من وجه، فالاولى خاصة بالوفاة، وعمامة من وجه آخر فتشمل الحامل والحائل، والثانية خاصة بالحامل ولكنها عامة من حيث انها تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها.

وقد أخذ بهذا الرأي المشرع العراقي (٦).

### ثانيا: ترجيح احد النصين بمرجح مقبول:

اذا لم يتمكن المجتهد أو القاضي من الجمع بين النصين يلجأ الى الطريق الثانية لرفع التعارض وهي طريقة ترجيح احدهما بمرجح مقبول في ميزان الشرع، في النصوص الشرعية، وميزان القانون في النصوص القانونية، فالمبدأ العام: اذا تعارض العام والخاص يرجح الخاص

(١) سورة البقرة / ٢٣٤

(٢) سورة الطلاق / ٤

(٣) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٧٩٢-٨٠٠) (الحامل التي يتوفى عنها زوجها قال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها ان تضع حملها مصيرا الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) وان كانت الاية في الطلاق واخذا ايضا بحديث ام سلمة ومضمون الحديث: ان سبيعة الاسلامية وضعت حملها بعد وفاة زوجها بنصف شهر، قال لها الرسول (ص): قد حلت فانكحي من شئت، وفي الميزان الكبرى الشعراي (٢-١١٧): اتفقت الائمة (اي ابو حنيفة ومالك والشافعي واحمد على ان عدة الحامل مطلقا بالوضع سواء المتوفى عنها زوجها أو المطلقة).

(٤) في المادة (١٤٠) من قانون الاحوال الشخصية، ونصها: - (المرأة بعقد صحيح اذا فارقتها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن تتربص الى ان تضع حملها... - وحكم هذه المادة جار ايضا على الحوامل المتزوجات بعقد فاسد اذا فرقت عن أزواجهن أو ماتوا عنهن).

(٥) وفي تفسير القرطبي (٣/١٧٤): عدة الحامل المتوفى عنها زوجها وضع حملها عند جمهور العلماء وروى عن علي بن ابي طالب وابن عباس ان تمام عدتها اخر الاجلين واختاره سحنون من فقهاثنا اي من المالكية ويتفق معهم الشيعة الامامية.

(٦) في المادة (٣/٤٨) من قانون الاحوال الشخصية.

على العام فيما يتعارضان فيه؛ ومن تطبيقات هذا المبدأ في التشريعات العراقية : المادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي والتي تجيز الوكالة في كل تصرف يقبل النيابة حيث نصت على انه : (يصح تخصيص الموكل به وتعميمها (١) بتعميمه (٢) فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق خوله، وبالخصوصة في كل حق له صحت الوكالة).

وهذه المادة باعتبار عمومها تتعارض مع المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي لاتجيز الوكالة في الطلاق فهي تنص على انه: (لايعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق) (٣) فيرجح العمل بالثانية على العمل بالاولى فيما يتعلق بالطلاق.

والمادة (٢/٩٣) من القانون المدني العراقي تجيز توكيل غير البالغ اذا كان عاقلاً مميّزاً سواء كان الموكل فيه تصرفاً عقارياً ام لا، في حين لاتجيز ذلك المادة (١٩٦) من قانون التسجيل العراقي (٤) التي تشترط في الموكل والوكيل ان يكونا كاملي الاهلية، فيرجح العمل بالثانية لانها من النصوص الخاصة وتبقى الاولى في التصرفات غير العقارية.

وكذلك في التعارض بين النص المطلق والنص المقيد يرجح الثاني على الاول في العمل به كما ذكرنا في المادتين (٨ و ٩) من قانون الاحوال الشخصية في حمل المطلق على المقيد فهذا الحمل يعني ترجيح المقيد على المطلق.

وقد زعم البعض ان رفع التعارض بين العام والخاص بتخصيص الاول بالثاني ورفع التعارض بين المطلق والمقيد بحمل الاول على الثاني يكون من باب الجمع بين الدليلين وهذا خطأ لانه لا يعمل بالعام ولا بالمطلق فيما هو محل تعارض النصين وانما يكون العمل بالخاص والمقيد كما ذكرنا.

١. أي الوكالة

٢. أي الموكل به.

٣. اما المشرع الاردني فقد اجاز الوكالة في الطلاق، بينت ذلك المادة (٨٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني بنصها على ( للزوج ان يوكل غيره بالتطبيق وان يفوض الزوجة بتطبيق نفسها على ان يكون ذلك بمستند خطي) فلا تعارض بهذا الخصوص مع عمومية المادة ( ٨٣٥) من القانون المدني، ونصها: (يصح ان يكون التوكيل مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً على شرط أو مضافاً الى وقت مستقبل).

٤. قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

وقد بين علماء الاصول امورا كثيرة للترجيح وبصورة خاصة في تعارض الاحاديث (١) ولا مجال لذكرها هنا.

### ثالثا: اعتبار النص اللاحق ناسخا للسابق

اذا لم يمكن رفع التعارض بالطريقتين (الاولى والثانية) فلا يبقى امام الفقيه (او القاضي) الا البحث عن تاريخ تشريع النصين المتعارضين، فاذا ثبت له ان احدهما متأخر عن الاخر في التشريع فعليه ان يعتبر المتأخر ناسخا للمتقدم، وهذا ما يسمى بالغاء القانون السابق بالقانون اللاحق في اصطلاح القانونيين.

### الالغاء (النسخ) الصريح والالغاء الضمني:

الالغاء لا يكون دائما بنص صريح لاحق بل قد يستنتج ذلك من المعارضة بينهما لذا يقسم الى الاتي:

**أ- الالغاء الصريح:** وهو ان ينص عليه التشريع اللاحق صراحة (٢) وتخصص في الاخير عادة مادة او فقرة تنص على الغاء كل قانون سابق يتعارض مع هذا القانون الجديد، في هذه الحالة لا يحدث اي غموض بسبب التعارض لان القاضي ملزم بتطبيق الجديد دون القديم.

(١) وفيما يلي نماذج منها:

#### أ- الترجيح باعتبار الاسناد:

- ١- كثرة الرواة لاحدهما
- ٢- رواية الكبير على الصغير
- ٣- رواية الصحابي عفيفة
- ٤- كون احدهما مباشرا لما رواه

#### ب- الترجيح باعتبار المتن:

- ١- تقديم الخاص على العام
- ٢- تقديم العام الذي لم يخصص على العام الذي خصص به
- ٣- تقديم الحقيقة على المجاز
- ٤- تقديم المنطوق على مفهوم المخالفة

#### ج- الترجيح باعتبار المدلول:

- ١- ما كان مقررا لحكم الاصل والبراءة على ما كان ناقلا لهذا الحكم
- ٢- ما هو اقرب الى الاحتياط على ما ليس باقرب
- ٣- ما يفيد سقوط الحد على ما يفيد لزمه.

#### د- الترجيح بحسب امور خارجية

- ١- ماعضده دليل اخر على ما لم يعضده دليل اخر
- ٢- ما هو قول على ما هو فعل لان للقول صيغة
- ٣- ما عمل عليه اكثر السلف
- ٤- ما هو موافق لعمل الخلفاء الراشدين

(٢) مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٤٧٥) من قانون العقوبات الاردني رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٠ : (تلغى القوانين الاتية...): وذكرت اربعة عشر قانوناً يلغى العمل بها بموجب هذا القانون، ثم عممت المادة المذكورة قاعدة الالغاء في الفقرة (١٥) منها بنصها على ( كل تشريع اردني فلسطيني آخر صدر قبل سن هذا القانون الى المدى الذي تكون فيه تلك التشريعات مغايرة لاحكام هذا القانون)

وهذا النمط من الالغاء لاتجد له نظيراً في القرآن الكريم فلا توجد اية ناسخة تنص صراحة على الغاء المنسوخة ان صح القول بوجود النسخ (او الالغاء) في القرآن الكريم وهذا ما لانؤمن به فكل ماسماه الاصوليون نسخاً فهو تخصيص بالنص او الزمان او المكان او علة الحكم، ولكن نجد في السنة النبوية مايشبه القانون الوضعي في النص صراحة على الغاء (نسخ) السابق كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها) (١)

**ب- الالغاء الضمني:** وهو ان يتضمن التشريع اللاحق حكماً يتعارض مع حكم التشريع السابق (٢) بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولان ترجيح احدهما على الاخر في هذا الحالة قد يحدث الغموض بالنسبة للقاضي فعليه ان يجتهد ويستنتج من هذه المعارضة ان اللاحق قد الغى السابق.

**وسائل ازالة الغموض:** كما لم يحدد علماء الاصول عن طريق الاستقراء التام اسباب غموض النصوص كذلك لم يضعوا ضوابط ومعايير لما يعتبر وسيلة يستعين بها الفقيه او القاضي على ازالة الغموض والسرف في ذلك ان لكل شؤنا خاصة ولكل واقعة طبيعة متميزة فما صلح وسيلة لازالة الغموض في نص قد لا يصلح بالنسبة الى نص اخر غامض، ورغم ذلك فان الباحث يستطيع ان يستنتج من القواعد الاصولية العامة اهم تلك الوسائل وفيما يلي نماذج منها:

**١- المصلحة (او حكمة التشريع):** من الواضح ان كافة الشرائع الالهية تستهدف تحقيق مصلحة الانسان (جلب المنفعة له ودرء المضرة عنه) رحمة بالعباد والمصلحة فيها مرعية بالنسبة الى العباد في حياتهم الدنيوية والاخروية وفي المجالين المادي والمعنوي. وهذا يجب ان تكون عليه القوانين الوضعية، لكن قصر مشرعها همهم على مراعاة المصالح الدنيوية دون الاخروية مع مراعاة الجانب المادي وإن كانت مراعاته تضعف من الجانب المعنوي.

(١) رواه مسلم ، سبل السلام ١٥١/٢

(٢) كما نجد نظير ذلك قانون الاجار العراقي القائم فقيه احكام تتعارض مع احكام القانون المدني العراقي فيما يتعلق بانهاء الاجار والتولية وغيرهما، ومن المواد المتعارضة في المدني لقانون الاجار المادة (١/٧٧٩) التي تنص على انه ينتهي الاجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالإخلاء مالم يكن مشروطاً في العقد ان الاجار يمتد الى مدة اخرى محددة او غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين قبل انتهاء مدة الاجار.

وبناء على هذه الحقيقة يستطيع الفقيه او القاضي(١) ان يستعين بالمصلحة (او حكمة التشريع) في تفسير النصوص وازالة غموضها وفقا لقاعدة دوران الحكم مع علته وجودا وعمدا.

٢- **التقريب بين النصوص:** النصوص المتقاربة في معالجة الامور المتشابهة تكمل بعضها بعضا، ففي القرآن الكريم آيات تفسر وتبين معانيها آيات اخرى، او نصوص من السنة النبوية، وكذلك من الاحاديث النبوية ما يوضحه القرآن والحديث. وقد ذكرنا في موضوع القطيعة العرضية نماذج من بيان غامض القرآن بالقران والسنة، وعلى نفس النمط يمكن التقريب بين النصوص القانونية وتفسير بعضها ببعض(٢).

٣- **اسباب النزول (او لاسباب الموجبة):** تعتبر اسباب النزول لآيات القرآن الكريم والاسباب الموجبة لتشريع او تعديل القانون من الوسائل التي تساعد معرفتها الفقيه والقاضي على ازالة غموض النص، يقول العلامة السيوطي (لمعرفة اسباب النزول فوائد ومنها الوقوف على المعنى او ازالة الاشكال (اي الغموض)، وقال الواحدي : لا يمكن معرفة تفسير الآية دون الوقوف على قصتها وبيان سبب نزولها، وقال ابن دقيق العيد : بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني القرآن وقال ابن تيمية: معرفة سبب النزول يعني فهم الآية فان العلم بالسبب يورث العلم بالمسبب وقد اشكل على جماعة من السلف معاني آيات حتى وقفوا على اسباب نزولها)(٣).

وفي مقدمة تشريع القوانين وتعديلها توجد الاسباب الموجبة ولهذه الاسباب اهمية كبيرة في معرفة مقاصد المشرع من هذه القوانين والتعديلات وبالتالي تساعد القاضي على ازالة غموض ماهو غامض من نصوصها .

٤- **المصادر التاريخية:** المصدر التاريخي هو الذي استقى منه المشرع نصوص التشريع وهذا لا يتصور بالنسبة للشريعة الاسلامية والشرائع الالهية السابقة لان مصدرها هو الوحي فقط.

---

(١) في فن القضاء لاستاذنا ضياء شيت خطاب صفحة ٦٥: "الحكمة من التشريع هو الغرض الذي يبتغيه القانون تحقيقه وهي سبب وجوده اذ ان لكل نص قانوني هدفا يسعى اليه ومن ثم يجب لفهم النص القانوني ادراك حكمته التشريعية اذ ان الحكمة من القانون هي نقاط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة".

(٢) وفي المرجع ص ٦٧: "قررت محكمة التمييز ان قانون العمل وقانون التقاعد الاجتماعي يكمل بعضه بعضا في النصوص القانونية. في المصطلحات تطبيقات للفقرتين (ب، ج) من المادة الاولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي وان القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لنصوصه في ان جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر وحدة يكمل بعضها بعضا لانهما متكاملان.

(٣) لباب المنقول لاسباب النزول للسيوطي (عبد الرحمن بن ابي بكر) ص ٣ وما بعدها .

والرجوع الى المصدر التاريخي للنص الغامض يساعد القاضي غالباً على فهم المراد منه عن طريق هذا المصدر وبصورة خاصة اذا كانت لغة النص مختلفة عن لغة المصدر لان الغموض قد ينشأ عن عدم دقة الترجمة. والفقهاء الاسلامي لا يزال هو المصدر الوحيد لقوانين الاحوال الشخصية في العالم الاسلامي والمصدر الرئيسي للقانون المدني الاردني(١) فيمكن الرجوع اليه لمعرفة ماهو المراد من النص المأخوذ منه.

٥- **الاعمال التحضيرية** : وهي مجموعة من الوثائق الرسمية التي سبقت وصاحبت صدور التشريع كالمذكرات التفسيرية (او الايضاحية) التي تصاحب التشريع عند صدوره. وهذه الاعمال تجمع وترتب عادة في ضوء المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ومحاضر لجنة مراجعة المشروع والمذكرة الايضاحية للمشروع النهائي ومناقشات المجلس التشريعي ولجانه واعمال اللجان الفنية التي قامت باعداد المشروع.

فهذه الوسائل من اهم الوسائل التي يمكن ان يستعين بها القاضي في ازالة غموض النصوص الواردة في المشروع بعد اكتسابها الصفة القانونية(٢).

٦- **السوابق القضائية**: استعان كثير من الفقهاء وأئمة المذاهب الفقهية الاسلامية في فهم نصوص القرآن والسنة النبوية فهما دقيقا وفي استخراج الاحكام بالسوابق القضائية للخلفاء الراشدين بصورة خاصة وفقهاء الصحابة والتابعين بصورة عامة. وقد ذكرنا في موضوع حجية قول الصحابي نماذج من تلك السوابق والتطبيقات القضائية مايغني القاريء الكريم في اثبات استعانة الفقهاء بالسوابق القضائية في الاسلام. اما بالنسبة للقوانين الوضعية فان للسوابق القضائية اهمية كبيرة سواء في مجال تفسير النصوص وازالة غموضها ام بالنسبة

---

(١) نصت المادة (٢/٢) من القانون المذكور على (ب) فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية).

ونصت المادة (٤٤٨ / ١) منه على : ( يلغى العمل بما يتعارض مع احكام هذا القانون من مجلة الاحكام العدلية) . وهذا يدلنا على امور ثلاثة، احدها: ان مجلة الاحكام العدلية هي المصدر التاريخي للقانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والثاني : ان على الفقيه والقاضي الرجوع الى المجلة فيما لاذكر له في هذا القانون ولا يتعارض مع احكامه، عملاً بمفهوم المخالفة، والثالث: ان هذه المادة ، بحسب الظاهر، مخصصة لعموم ( احكام الفقه الاسلامي) الواردة في المادة (٢/٢) باحكام الفقه الاسلامي الحنفي التي تضمنتها المجلة.

أما المصدر التاريخي لقانون الاحوال الشخصية الاردني فقد دلت عليه المادة (١٨٣) منه بنصها على : ( ما لاذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة).

(٢) ومن الجدير بالذكر: ان الاعمال التحضيرية رغم انها من وسائل ازالة الغموض الا انه لايرتفع الى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه او مكمله له لذا فان ما يرد في الاعمال التحضيرية لا يعد ملزماً للقاضي ففي كثير من الاحيان تكون المذكرة الايضاحية للقانون متضمنة اجتهادات شخصية من قبل واضعيها من تفسير النصوص واستخراج الاحكام منها. والاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب لذا من الضروري مراعاة الجذر الشديد عند الاستعانة بالاعمال التحضيرية. لمزيد من التفصيل راجع المدخل للقانون الخاص لاساتذنا الدكتور عبد المنعم البدرابي ص ٢٢٢.

لصيرورتها مصدراً من مصادر القانون(١). وبوجه خاص قرارات محكمة التمييز باعتبارها أعلى سلطة قضائية تقرر مصير قرارات احكام المحاكم من حيث التصديق او الرفض. ثم ان السوابق القضائية في بعض البلاد المتقدمة اعتبرت ملزمة للقاضي ذي القضاء اللاحق(٢).

٧- **طرق رفع التعارض:** اذا كان غموض النص ناشئاً عن التعارض فان الوسيلة الوحيدة لرفعه وازالة الغموض هي الطرق الثلاث المذكورة في موضوع التعارض حسب التسلسل الطبيعي: محاولة الجمع فان لم يمكن فالجوء الى الترجيح والا فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق.

٨- **الرجوع الى المعجم:** وبصورة خاصة معجم المصطلحات للحصول على المعنى المراد وعلى سبيل المثل لفظ (تعدي) احدث شكوكا لشرّاح القانون المدني العراقي القائم بصدد التعارض بين المادتين (١/١٨٦) و (٣/١/١٩١) على اساس ان المشرع العراقي اخذ بالفقه الغربي في الاولى فاشتراط عنصر الخطأ لقيامها، وبالفقه الاسلامي في الثانية لعدم اشتراطه هذا العنصر لكن بالرجوع الى المراجع اللغوية نجد ان معنى التعدي هو الفعل الضار غير المشروع بغض النظر عن ادراك وقصد في اهلية الفاعل، وبناء على ذلك لاتعارض بين المادتين وان المشرع العراقي اخذ بالفقه الاسلامي فيهما .

٩- **اية وسيلة اخرى:** يمكن ان يستهدي بها الفقيه او القاضي لازالة الغموض حسب المقام وطبيعة الموضوع. وقد يشمل هذه الوسائل غير المحددة عموم مفهوم (قواعد العدالة) التي يستعين بها القاضي بعد استنفاذه الوسائل التي عينها له المشرع واوجب عليه الرجوع اليها قبل تلك القواعد(٤).

(١) نصّت المادة (٤/٢) من القانون المدني الاردني بعد ذكرها مصادر القانون بعد التشريع وهي : الفقه الاسلامي، ثم مبادئ الشريعة الاسلامية، ثم العرف، ثم قواعد العدالة، على : (و يسترشد في ذلك كلّ بما اقره القضاء والفقه على : ان لايتعارض مع ماذكر).

(٢) فالاحكام الصادرة في إنجلترا من مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم الاخرى بما فيها الى وقت قريب مجلس اللوردات ذاته. واحكام محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم بما فيها محكمة الاستئناف فيما عدا مجلس اللوردات. واحكام محكمة العدالة العليا يجب ان تحترمها المحاكم الادنى. وعلى الرغم من انها ليست ملزمة قانونياً فان لها قيمة اقناعية كبيرة. وعادة تحترمها الدوائر التابعة للمحكمة العليا.

(٣) (١/١٨٦): اذا اتلف احد مال غيره او أنقص قيمته بمباشرة او تسبباً يكون ضامناً اذا كان في احداث الضرر قد تعدد او تعدى. (١/١٩١م) : اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله. أما المشرع الاردني فقد تجاوز هذا اللبس بتخصيصه الاضرار بالتسبب بشرط التعدي أو التعمد أو كون الفعل مفضياً الى الضرر ليجب الضمان على فاعله، فنصّت المادة (٢٥٦) من القانون المدني الاردني على : ( كل إضرار بالغير يلد مفاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

ونصّت المادة (٢٥٧) منه على: (١). يكون الضرر بالمباشرة أو التسبب. ٢. فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو ان يكون الفعل مفضياً الى الضرر).

(٤) انظر هامش (١) اعلاه.



## المراجع

بعد القرآن الكريم والسنة النبوية كان الاعتماد في محتويات هذا المؤلف على المراجع  
الاصولية المعتمدة الآتية:

### أ- اصول الفقه الحنفي

- ١- الفصول في الاصول للجصاص (احمد بن علي الرازي).
- ٢- شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (عبيدالله بن مسعود) مع التلويح  
للإمام سعد الدين التفتازاني وحواشي: الفنري، وملا خسرو، وعبدالحكيم،  
والمرجاني.
- ٣- ميزان الاصول في نتائج العقول في اصول الفقه للسمرقندي (محمد بن احمد)  
تحقيق الدكتور عبدالملك.
- ٤- أصول السرخسي للفقيه الاصولي السرخسي (أبي بكر محمد بن احمد).
- ٥- كشف الاسرار لعبدالعزیز البخاري على أصول الامام فخر الاسلام علي بن  
محمد البزدوي.
- ٦- شرح المنار للعلامة عبداللطيف بن عبدالعزيز بن ملك على متن المنار للإمام أبي  
البركات عبدالله بن أحمد النسفي.
- ٧- التقرير والتحبير شرح ابن امير الحاج على تحرير الامام الكمال بن الهمام.
- ٨- تيسير التحرير للعلامة محمد امين على التحرير لابن الهمام.
- ٩- مسلم الثبوت للعلامة البهاري.
- ١٠- تسهيل الوصول الى علم الاصول للشيخ محمد الحلوي.
- ١١- مشكاة الانوار في أصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم).
- ١٢- اصول الشاشي للشاشي (اسحاق بن ابراهيم الخراساني).

### ب- اصول الفقه المالكي:

- ١- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للقرافي (احمد بن ادريس).
- ٢- الفروق للقرافي.

- ٣- احكام الفصول في احكام الاصول للبايجي (سليمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري.
- ٤- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (ابراهيم بن موسى الغرناطي).
- ٥- مختصر المنتهى الاصولي لابن الحاجب بشرح القاضي عضد.
- ٦- مفتاح الوصول الى علم الاصول للتمساني (محمد بن احمد).
- ج- اصول الفقه الشافعي**
- ١- المستصفى، للامام الغزالي، تحقيق محمد ابو العلاء.
- ٢- شفاء الغليل للامام الغزالي تحقيق الدكتور حمد عبيد الكبيسي.
- ٣- المنحول للامام الغزالي. تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- ٤- التبصرة في أصول الفقه لابي اسحاق الشيرازي (ابراهيم بن علي) تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- ٥- البرهان في اصول الفقه لإمام الحرمين (عبدالمك بن عبدالله بن يوسف) تحقيق الدكتور عبدالعظيم الديب.
- ٦- منهاج الوصول في علم الاصول للقاضي البيضاوي بشرح البدخشي للامام محمد البدخشي، والاسنوي (نهاية السؤل) للامام جمال الدين عبدالرحيم الاسنوي.
- ٧- الاحكام في أصول الاحكام للآمدي (سيف الدين علي بن محمد).
- ٨- جمع الجوامع لابن السبكي (تاج الدين عبدالوهاب) بشرح الجلال المحلي مع حاشية البناني.
- ٩- المحصول في علم اصول الفقه للعلامة فخر الدين بن محمد بن عمر الرازي. تحقيق الدكتور طه العلواني.
- ١٠- غاية الوصول؛ شرح لب الاصول كلاهما لشيخ الاسلام زكريا الانصاري.
- ١١- مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوي للحموي الفيومي (محمود بن احمد). تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني.
- ١٢- المنشور في القواعد للزركشي (محمد بن بهادر).
- ١٣- التمهيد في تخريج الفروع على الاصول للاسنوي (عبدالرحيم بن الحسن) تحقيق الدكتور هيتو.

## د- اصول الفقه الحنبلي

- ١- روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه على مذهب الامام احمد لابن قدامة (الامام موفق الدين عبدالله بن احمد المقدسي).
- ٢- المسودة في اصول الفقه تتابع على تصنيفه ثلاثة من آل تيمية.
- ٣- شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير للفتوحى (احمد بن عبدالعزيز) تحقيق محمد حامد الفقى.

## هـ- اصول الفقه الجعفري

- ١- مبادئ الوصول الى علم الاصول للعلامة الحلي تحقيق عبدالحسين البقال.
- ٢- شرح معالم الدين في الاصول للتبريزي (الشيخ مصطفى الاعتمادي).
- ٣- تهذيب الاصول للسبزواري (السيد عبدالاعلى الموسوي).
- ٤- الاصول العامة للفقه المقارن للاستاذ محمد تقي الحكيم.
- ٥- معالم الدين في اوليات اصول الفقه لابي منصور جمال الدين الحسن بن الشهيد الثاني.

## و- اصول الفقه الزيدي

- ١- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول للشوكاني (محمد بن علي).
- ٢- هداية العقول الى غاية السؤل في علم الاصول للحسين بن القاسم بن محمد.

## ز- اصول الفقه الظاهري

الاحكام في اصول الاحكام للفقيه الاصولي علي بن حزم الاندلسي الظاهري.

## ح- اصول الفقه المعتزلي

المعتمد لابي الحسين البصري (محمد بن علي).

## ط- اصول الفقه الاباضي:

شرح طلعة الشمس على الالفية المسماة شمس الاصول للعلامة عبدالله بن حميد السالمي.

## الفهرس

| رقم الصفحة | الموضوع                                            |
|------------|----------------------------------------------------|
| ٧          | بين يدي الكتاب                                     |
| ١٤         | المقدمة: التعريف بأصول الفقه                       |
| ١٧         | منشأة وتدوين اصول الفقه                            |
| ١٨         | مناهج الاصوليين في مؤلفاتهم                        |
| ٢٠         | اهمية علم اصول الفقه وصلته بالقانون                |
| ٢٣         | الوضع والدلالة واقسامها                            |
| ٢٥         | الدلالة المطابقة والتضمنية والالتزامية             |
| ٢٦         | النسبه بين مفاهيم المصطلحات                        |
| ٢٩         | القسم الاول: ادلة الاحكام الشرعية                  |
| ٣٢         | الفصل الاول: القرآن والسنة النبوية                 |
| ٣٢         | المبحث الأول: القرآن الكريم                        |
| ٣٣         | نهج القرآن في بيان الاحكام                         |
| ٤١         | دلالة القرآن على الاحكام                           |
| ٤٦         | المبحث الثاني: السنة النبوية                       |
| ٤٨         | اقسام السنة                                        |
| ٥٣         | شروط المذاهب الفقهية للعمل بحديث الآحاد            |
| ٦٣         | دور السنة النبوية في الشريعة الاسلامية             |
| ٦٦         | اشهر محاميع الحديث النبوي                          |
| ٦٨         | الفصل الثاني: المصادر التبعية النقلية المتفق عليها |
| ٦٨         | المبحث الاول: الاجماع                              |
| ٨٢         | المبحث الثاني: العرف                               |
| ٩٩         | الفصل الثالث: الادلة التبعية النقلية المختلف فيها  |
| ٩٩         | المبحث الاول: حجية قول الصحابي                     |
| ١٠٦        | المبحث الثاني: شرع من قبلنا                        |
| ١١٢        | الفصل الرابع: المصادر التبعية العقلية              |
| ١١٢        | المبحث الاول: القياس                               |

|     |                                                      |
|-----|------------------------------------------------------|
| ١٣٦ | المبحث الثاني: المصلحة                               |
| ١٥٦ | المبحث الثالث: الاستحسان                             |
| ١٦٩ | المبحث الرابع: الذرائع سدها وفتحها                   |
| ١٨٢ | المبحث الخامس: الاستصحاب                             |
| ١٩٩ | القسم الثاني: الاحكام الشرعية العملية                |
| ٢٠١ | المقدمة                                              |
| ٢٠٣ | الفصل الاول: الحكم الشرعي التكليفي                   |
| ٢٠٣ | المبحث الاول: انواع الحكم الشرعي التكليفي            |
| ٢٠٩ | المبحث الثاني: الواجب- اقسامه- اداؤه- قضاؤه          |
| ٢١٦ | الفصل الثاني: الحكم الشرعي الوضعي                    |
| ٢١٦ | المبحث الاول: السبب                                  |
| ٢٢٢ | المبحث الثاني: الشرط                                 |
| ٢٣٠ | المبحث الثالث: المانع                                |
| ٢٣٩ | الفصل الثالث: عناصر الحكم الشرعي                     |
| ٢٣٩ | المبحث الاول: الحاكم (شارع الاحكام)                  |
| ٢٤٢ | المبحث الثاني: المحكوم فيه                           |
| ٢٥٠ | المبحث الثالث: المحكوم عليه                          |
| ٢٥٥ | القسم الثالث: دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام     |
| ٢٥٧ | الفصل الاول: النصوص باعتبار المعاني وضماً واستعمالاً |
| ٢٥٧ | المبحث الاول: الخاص - تعريفه- حكمه- انواعه           |
| ٢٦١ | المطلب الاول: الامر                                  |
| ٢٦٧ | المطلب الثاني: النهي                                 |
| ٢٧٨ | المطلب الثالث: المطلق والمقيد                        |
| ٢٩٣ | المبحث الثاني: العام وصيغته- والتخصيص وانواعه        |
| ٢٩٣ | المطلب الاول: العام وصيغته                           |
| ٣١٤ | المطلب الثاني: التخصيص، حقيقته، اقسامه، تكييفه       |
| ٣١٦ | القسم الاول: الادلة المخصصة المتصلة                  |
| ٣٢٤ | القسم الثاني: الادلة المخصصة المنفصلة                |

|     |                                                         |
|-----|---------------------------------------------------------|
| ٢٣٥ | المبحث الثالث: المشترك                                  |
| ٢٣٧ | المطلب الاول: المشترك اللفظي ومدى تأثيره في غموض النصوص |
| ٢٤٤ | المطلب الثاني: المشترك المعنوي                          |
| ٢٤٦ | المبحث الرابع: الحقيقة والمجاز                          |
| ٢٥٤ | الفصل الثاني: دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً             |
| ٢٥٧ | المبحث الاول: منطوق النصوص                              |
| ٢٥٨ | المطلب الاول: اشارة النص وتطبيقاتها                     |
| ٢٦٦ | المطلب الثاني: دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها                |
| ٢٧٠ | المطلب الثالث: دلالة الايماء وتطبيقاتها                 |
| ٢٧٥ | المبحث الثاني: مفهوم النص                               |
| ٢٧٥ | المطلب الاول: مفهوم الموافقة                            |
| ٢٨٠ | المطلب الثاني: مفهوم المخالفة                           |
| ٢٩٠ | الفصل الثالث: دلالة النصوص وضوحاً وخفاء                 |
| ٢٩٥ | المبحث الاول: الدلالة القطعية                           |
| ٢٩٨ | القطعية الذاتية والعرضية                                |
| ٤٠١ | القطعية البديهية والقطعية النظرية                       |
| ٤٠٤ | المبحث الثاني: الدلالة الظنية                           |
| ٤٠٦ | ظنية دلالة النص والتأويل                                |
| ٤٠٨ | التأويل ومجال تطبيق النص                                |
| ٤١٢ | التأويل والتفسير                                        |
| ٤١٣ | المبحث الثالث: الدلالة الغامضة                          |
| ٤١٤ | اسباب الغموض                                            |
| ٤٢٧ | وسائل ازالة الغموض                                      |
| ٤٣١ | اهم المراجع الاصولية المعتمدة                           |

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)





## هذا الكتاب

لقد اسعدني اصدار هذا الكتاب الذي يغني المرء عن الرجوع الى كتب الاصول وأمهاتها، لإحاطته بآراء الاصوليين ومذاهبهم، وعرضه لها في متن الكتاب وهوامشه، ومناقشة مؤلفه لبعضها، واختياره الراجح منها.

وهو مؤلف يمتاز بكثرة أمثله التطبيقية، الشرعية والقانونية، مع بيان وجه استعمال القواعد للتوصل الى الاحكام الشرعية. ويمتاز ايضاً بموازناته بين آراء فقهاء المسلمين وفقهاء القانون مما يمنح المطالع ثقافة اسلامية وقانونية، وينير الدرب للباحث للتوصل الى الصواب في الرأي، ببيانه طرق البحث والتحليل والترجيح.

فهو بحق قاموس أصولي، ودعوة صادقة للتجديد بإحياء العمل بالفقه الاسلامي مع مواكبة التغيرات والتطور في كافة مجالات الحياة.

الناشر



المركز القومي للنشر